

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Eraõiguse osakond

Kaisa Jakob

**HANKEMENETLUSEST KÕRVALDAMINE PAKKUJA POOLT VARASEMA  
HANKELEPINGU RIKKUMISE TÕTTU: MATERIAAL- JA MENETLUSÕIGUSLIK  
REGULATSIOON EUROOPA LIIDU JA EESTI RIIGIHANKEÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendaja  
dr. iur. Mari Ann Simovart

Tallinn  
2018

## Sisukord

Sissejuhatus .....	3
1. RHS § 95 lg 4 p 8 kohaldamise materiaalõiguslik regulatsioon.....	7
1.1. Kas varasema hankelepingu rikkumine peab olema toimunud sama hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu raames? .....	7
1.2. Kõrvaldamise subjekt .....	15
1.3. Hankelepingu olulise nõude rikkumine ja sellele järgnevad õiguskaitsevahendid .....	22
2. RHS § 95 lg 4 p 8 kohaldamise menetlusõiguslik regulatsioon.....	31
2.1. Tõendamine .....	31
2.2. Hankija põhjendamiskohustus .....	40
2.3. Registrimärke vaidlustamine .....	46
3. Heastamine varasema hankelepingu rikkumise korral .....	51
Kokkuvõte .....	58
Exclusion of an economic operator from participation in a procurement procedure if the economic operator has breached a prior public contract: substantive and procedural regulations in the EU and Estonian procurement law .....	64
Kasutatud allikate loetelu .....	69
Kasutatud kirjandus .....	69
Kasutatud normatiivmaterjal .....	72
Kasutatud kohtupraktika.....	74
Muud allikad.....	75

## Sissejuhatus

Euroopa Liidu uued hankedirektiivid<sup>1</sup> näivad ette võimaluse hankijal kõrvaldada hankemenetlusest ettevõtja, kui ettevõtja puhul on esinenud tõsiseid või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone.<sup>2</sup> Sellist kõrvaldamise alust, mis võimaldaks arvestada pakkuja varasemat hankelepingu täitmist, eelnevates hankedirektiivides sõnaselgelt sätestatud ei olnud.

Riigihangete seadus<sup>3</sup> on klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 p g üle võtnud RHS § 95 lg 4 p 8, mille kohaselt võib hankija kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja kes on oluliselt või pidevalt rikkunud eelnevalt sõlmitud hankelepingut või hankelepinguid nii, et rikkumise tulemusena on lepingust taganatud või leping üles öeldud, hinda alandatud, hüvitatud kahju või makstud leppetrahvi. RHS § 95 lg-s 1 on sätestatud kohustuslikud kõrvaldamise alused ning § 95 lg-s 4 nn vabatahtlikud kõrvaldamise alused. Rahandusministeerium on selgitanud, et kõrvaldamise aluse vabatahtlikkus ei tähenda, et hankijal oleks võimalus valida kas antud kõrvaldamise alust kohaldada või mitte. RHS § 95 lg-s 4 sätestatud kõrvaldamise aluste vabatahtlikkus seisneb hankija kaalutlusõiguses kas kõrvaldamise aluse esinemise korral pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada või mitte.<sup>4</sup> Sisuliselt on tegemist kohustuslike kõrvaldamise alustega, mille esinemist hankija peab kontrollima. Kui pakkuja on mõnes vabatahtliku kõrvaldamise aluse olukorras, on hankijal kohustus RHS § 96 lg 5 alusel teha põhjendatud kaalutlusotsus pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise või kõrvaldamata jätmise kohta. Kohustus kohaldada RHS § 95 lg 4 p 8 on avaliku sektori hankijatel ja avaliku sektori võrgustikusektori hankijatel nii hankelepingute kui kontsessioonlepingute sõlmimiseks läbiviidud hankemenetluses tulenevalt RHS § 141 lg 4 ja § 161 lg 2. RHS § 161 lg 1 jätab võrgustikusektori hankijatel, kes ei ole avaliku sektori hankijad, võimaluse kohaldada RHS § 95 lg 4 p 8.

Enne uute hankedirektiivide vastuvõtmist oli võimalik lepingulisi kohustusi mitte täitnud pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada tuginedes Euroopa Kohtu *Forposta* lahendile, mille

<sup>1</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise

<sup>2</sup> klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 punkt g; kontsessiooni hankedirektiivis art 38 lg 7 punkt f on analoogse sõnastusega; võrgustiku hankedirektiivi art 80 lg 1 p 3 kolmas lõige viitab klassikalise hankedirektiivi sõnastusele.

<sup>3</sup> Riigihangete seadus RT I, 01.07.2017, 1 (edaspidi nimetatud RHS)

<sup>4</sup> Rahandusministeerium. Korduma kippuvad küsimused 01.09.2017 jõustunud RHS kohta. 15.10.2017, täiendatud 13.04.2018, lk 16 - arvutivõrgus:

[https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq\\_files/kkk\\_13.04.2018.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_13.04.2018.pdf) (20.04.2018)

kohaselt võis pakkuja poolt varasemast hankelepingust tulenenud lepinguliste kohustuste mitte täitmist käsitada eksimusena kutse- või ametialaste reeglite vastu vanas hankedirektiivis<sup>5</sup> ettenähtud kõrvaldamise aluse tähenduses<sup>6</sup> Peale uute hankedirektiivide ülevõtmist siseriiklikusse õigusesse on RHS § 95 lg 4 sätestatud eraldi kõrvaldamise alus kui pakkuja on rikkunud varasemaid hankelepinguid. Teema on aktuaalne, kuna varasema hankelepingu rikkumine kõrvaldamise alusena on Euroopa Liidu direktiivides ja RHS-s esmakordselt sõnaselgelt sätestatud. Eesti õiguspraktikute vahel toimunud diskussioonidel on kõrvaldamise aluse sisustamise ja rakendamise osas kerkinud eriarvamused kuidas tõlgendada kõrvaldamise aluse eelduseid. Eriarvamused on esinenud küsimuses kas varasema hankelepingu rikkumine peab olema aset leidnud sama hankija suhtes või kas on võimalik kõrvaldada hankemenetlusest ka pakkuja, kes on rikkunud muu hankijaga sõlmitud lepingut. Samuti on esimesed vastava kõrvaldamise aluse kohaldamise kohased vaidlused jõudnud läbida riigihangete vaidlustuskomisjoni menetluse. Magistritöö peamine eesmärk on sisustada ja rakendada varasema hankelepingu rikkumist kui hankedirektiivis nimetatud kõrvaldamise alust<sup>7</sup> ning vastata küsimusele kuidas on võimalik kõrvaldamise vältimiseks kasutada heastamise instituti<sup>8</sup>.

Peamise eesmärgi saavutamiseks on püstitatud magistritöös järgmised küsimused:

- 1) kas rikkumine peab olema aset leidnud sama hankija suhtes või kas on võimalik alust rakendada ka siis kui rikkumine on toimunud muu hankijaga sõlmitud lepingus?
- 2) kes on kõrvaldamise subjekt - eelkõige kas hankemenetlusest on võimalik kõrvaldada pakkuja kui varasemat hankelepingut on rikkunud pakkuja alltöövõtja, õigusjärglane, tütar-, sõsar- või emaettevõtte?
- 3) kuidas sisustada olulise rikkumise teisi kriteeriume - eelkõige milline ja millal peab olema oluline või pidev rikkumine aset leidnud?
- 4) milline on tõendamiskoormus varasema hankelepingu rikkumise tõendamisel?
- 5) kuidas sisustada hankija põhjendamiskohustust kõrvaldamisotsuse tegemisel?
- 6) kuidas on varasema hankelepingu rikkumise korral võimalik kõrvaldamist vältida heastamismeetmeid kasutades?

---

<sup>5</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELTL 134, 30.04.2004, lk 114–240, (edaspidi nimetatud: vana hankedirektiiv), art 45 lg 2 punkt d

<sup>6</sup> Euroopa Kohtu otsus C-465/11 *Forposta*, p 29; Härginen, K., Simovart, M.A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? - *Juridica* 2013/9, lk 628

<sup>7</sup> hankedirektiivi art 57 lg 4 punkt g

<sup>8</sup> hankedirektiivi art 57 lg 6

Magistritöös kasutatakse peamise kirjandusallikana Sue Arrowsmith'i monograafiat „The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1“<sup>9</sup>. Põhilisteks allikateks on teadusartiklid, Euroopa Kohtu ja siseriiklik kohtupraktika ja Euroopa Komisjoni, Euroopa Parlamendi ja Euroopa Liidu Nõukogu materjalid riigihangete direktiivide vastuvõtmisel. Allikad on kogutud andmekogumismeetodil ning tulemused esitatakse teksti kujul pärast andmete võrdlemist, analüüsimist ja üldistamist.

Autorile teadaolevalt on hankemenetlusest kõrvaldamist käsitlevaid magistritöid Eestis kirjutatud ka varem. Näiteks on K. Teder kirjutanud 2012. aastal magistritöö teemal „Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena“<sup>10</sup> ja V. Kargu 2015. aastal teemal "Pakkuja või taotleja kõrvaldamine hankemenetlusest"<sup>11</sup>. Lisaks on K. Härginen ja M.A. Simovart 2013. aastal avaldanud teadusartikli pealkirjaga "Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon?"<sup>12</sup>. Heastamisest on varasemalt K. Täär kirjutanud 2017. aastal magistritöö teemal „Hankija pädevus heastamise meetmete kontrollimiseks“<sup>13</sup>, samuti käsitleb heastamise instituuti eelnevalt mainitud K. Teder'i magistritöö.

Magistritöö on jaotatud kolme suuremasse peatükki, kus esimeses peatükis ja teises peatükis käsitletakse vastavalt varasema hankelepingu rikkumise kõrvaldamise alusena kohaldamise materiaali- ja menetlusõiguslikku regulatsiooni ning kolmandas peatükis analüüsitakse kuidas kõrvaldamist vältida heastamise meetmeid kasutades.

Esimeses peatükis tulevad käsitlele varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise alused materiaalõiguslikud eeldused. Autor analüüsib esimest, teist ja kolmandat uurimisküsimust. Esmalt kas varasema hankelepingu rikkumine peab olema aset leidnud sama hankija juures või kas alust saab rakendada ka siis kui rikkumine on toimunud muu hankijaga sõlmitud lepingus.

Järgnevalt analüüsib autor kes on kõrvaldamise subjekt ehk keda võib hankemenetlusest RHS § 95 lg 4 p 8 alusel kõrvaldada. Peamise küsimusena tuleb käsitlele kas hankija võib

---

<sup>9</sup> Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third Edition. Sweet & Maxwell, 2014

<sup>10</sup> Teder, K. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena. Magistritöö. Tartu Ülikool 2012

<sup>11</sup> Kargu, V. Pakkuja või taotleja kõrvaldamine hankemenetlusest. Magistritöö. Tartu Ülikool 2015

<sup>12</sup> Härginen, K., Simovart, M.A. (viide 6)

<sup>13</sup> Täär, K. Hankija pädevus heastamise meetmete kontrollimiseks. Magistritöö. Tartu Ülikool 2017

hankemenetlusest kõrvaldada ettevõtja alltöövõtjat, õigusjärglast, tütar-, sõsar- või emaettevõtet. Esimeses peatükis analüüsitakse ka kuidas sisustada RHS-s sätestatud olulise rikkumise kriteeriume ning millal peab olema rikkumine toimunud materiaa lõiguse normide kohaselt. Samuti analüüsitakse millal peavad olema hankija poolt kasutatavad õiguskaitsevahendid rikkumisele järgnenud.

Teises peatükis tulevad käsitlesele varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse menetlusõiguslikud eeldused. Analüüsimisele tulevad küsimused neljas ja viies uurimisküsimus, ehk kellel ja milline on tõendamiskoorumus ning kuidas sisustada hankija põhjendamiskohustust kõrvaldamise otsuse tegemisel. Samuti uurib autor kuidas on võimalik vaidlustada ebaõiget hankelepingu rikkumise märg et riigihankeregistris.

Kolmandas peatükis analüüsib autor viimast uurimisküsimust kuidas on võimalik kõrvaldamist vältida heastamismeetmeid kasutades. Käsitlesele tulevad küsimused kuidas sisustada ja rakendada heastamise instituuti, kas pakkujal on võimalik vältida hankemenetlusest kõrvaldamist kui pakkuja on varasemaid hankelepinguid rikkunud oluliselt või pidevalt. Küsimuse käsitlemine on oluline, kuna pakkujatel on uute hankedirektiivide<sup>14</sup> ning RHS § 97 kohaselt võimalik varasema hankelepingu rikkumist kompenseerida heastamismeetmetega. Pakkujapoolne varasema hankelepingu oluline või pidev rikkumine ei tähenda, et pakkuja ettevõtlusvabadus on järgnevates hankemenetlustes piiratud ning võimalust hankelepingu sõlmimiseks ei ole. Pakkujal on võimalik oma varasem ebausaldusväärne käitumine kompenseerida ning taastada oma usaldusväärsus kasutades heastamismeetmeid.

Suured tänud juhendaja Mari Ann Simovartile märkuste, nõuannete ja juhendamise eest magistritöö kirjutamisel.

Magistritööd iseloomustavateks märksõnadeks on riigihanked, hankemenetlus, Euroopa Liidu õigus.

---

<sup>14</sup> klassikaline hankedirektiiv art 57 lg 6, võrgustiku hankedirektiiv art 38 lg 9, kontsessiooni hankedirektiiv põhjendus 107

# 1. RHS § 95 lg 4 p 8 kohaldamise materiaalõiguslik regulatsioon

## 1.1. Kas varasema hankelepingu rikkumine peab olema toimunud sama hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu raames?

Klassikalise hankedirektiivi põhjenduses 101 on selgitatud, et hankijatel peaks olema võimalik kõrvaldada taotlejad ja pakkujad, kelle tegevus varasemates hankemenetlustes on osutanud suurtele puudustele seoses oluliste nõuetega, näiteks ei ole suudetud täita kohustusi, tarnitud toote või osutatud teenusega seoses on esinenud olulisi puudusi, mistõttu ei ole olnud võimalik neid kavandatud otstarbel kasutada, või on aset leidnud sobimatu käitumine, mis põhjustab tõsiseid kahtlusi ettevõtja usaldusväärsuse suhtes.

Hankijatel on erinevad põhjused miks nad sooviksid hankemenetlusest kõrvaldada teatud ettevõtjad, näiteks on hankija huvides hankelepingu sõlmimine ettevõtjaga, kes suudab hankelepingu korrektselt täita.<sup>15</sup> On tõenäoline, et enamik hankijatest on kokku puutunud olukorraga, kus hankemenetluses on parima pakkumuse teinud ettevõtja, kelle osas hankija teaba ette, et hankelepingu täitmisel võib tulla probleeme. Näiteks võib eduka pakkumuse teinud ettevõtjal olla maine, et ta ei täida hankelepinguid korrektselt või on hankijal endal pakkujaga varasem halb kogemus, näiteks on pakkuja ületanud hankelepingus nimetatud tähtaegu.<sup>16</sup> Kui hankija kasutab avalikku raha, siis peab ta olema veendunud, et hankeleping sõlmitakse ainult ettevõtjaga, kes on usaldusväärne ja hea mainega. Võrdse kohtlemise tagamiseks on oluline luua võrdsete võimaluste ala, arvestades, et reeglite mitte järgimine võib luua ettevõtjale oma konkurentide suhtes lubamatu eelise hankelepingu saamiseks.<sup>17</sup> Seetõttu peaks ebausaldusväärsed ja korrumppeerunud ettevõtjad hankemenetlusest kõrvaldama.<sup>18</sup> Kui on täidetud kõrvaldamise aluse kohaldamise eeldused, on hankijatel võimalik ebausaldusväärsed pakkujad hankemenetlusest kõrvaldada. Ebausaldusväärsete pakkujate kõrvaldamine hankemenetlusest on vastuolus vaba konkurentsi ja kaupade ning teenuste vaba liikumise põhimõttega. Samas on Euroopa seadusandja leidnud, et olulisem on

---

<sup>15</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1183

<sup>16</sup> Oliveira, M. N. The Exclusion of an Economic Operator Based on Significant or Persistent Deficiencies in the Performance of a Prior Public Contract. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2016, Issue 4, lk 344

<sup>17</sup> Euroopa Kohus C-226/04 ja C-228/04 *La Cascina*, kohtujuristi M. Poiares Maduro ettepanek, p 24; van Garsse, S., de Mars, S. Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive. - Marique, Y. jt. EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets? Brussels. Larcier, 2016 lk 121

<sup>18</sup> van Garsse, S., de Mars, S. (viide 17), lk 121

kõrvaldada hankemenetlusest ebausaldusväärsed ettevõtjad kui avada hankemenetlus maksimaalselt suurele konkurentsile.<sup>19</sup>

Käesolevas peatükis analüüsitakse küsimust, kas varasema hankelepingu rikkumine kõrvaldamise aluse tähenduses peab olema toimunud sama hankija juures või pole oluline, millise hankijaga sõlmitud varasemat hankelepingut on pakkuja või taotleja rikkunud. Küsimusele vastuse andmise jaoks on oluline vaadata RHS § 95 lg 4 aluseks oleva klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 punkt g kujunemise kronoloogiat.

Motivatsioon kõrvaldamise aluste muutmise kohta pärineb Euroopa Komisjoni 27.01.2011 rohelisest raamatust Euroopa Liidu riigihankepoliitika ajakohastamise kohta.<sup>20</sup> Rohelises raamatus on viidatud, et kuigi direktiivi 2004/18/EÜ kohaselt on võimalus hankemenetlusest välja arvata pakkujad, kes on kasutanud mitmeid ebasobivaid äritavasid, jäävad siiski lahtiseks rida küsimusi seoses sätte reguleerimisala, tõlgendamise, ülevõtmise ja praktilise kohaldamisega ning nii liikmesriigid kui hankijad on palunud täiendavat selgitust. Komisjon püstitas ka küsimuse kas on vaja kehtestada täiendavaid kõrvaldamise põhjuseid, tunnetades, et hankijad põrkuvad praktilistele probleemidele selgitamiseks välja pakkujate ja taotlejate olukorda ja lepingukõlblikkust. Täiendavate kõrvaldamise aluste kehtestamine võib aidata tõhusamalt lahendada teatavaid ebasobiva ärilise käitumise probleeme, kuid teiselt poolt kujutavad kõrvaldamise alusel alati teiste riikide pakkujate diskrimineerimise riski, mis võib ohustada Euroopa võrdse konkurentsi põhimõtet.<sup>21</sup>

Euroopa Komisjoni rohelise raamatu väljaandmisele järgnenud konsultatsioonide käigus antud tagasiside kohaselt leidis suur osa vastanutest, et direktiiv peaks selgelt ja otseselt lubama hankijatel arvesse võtta nende eelnevat kogemust pakkujatega. Vastustest tuli välja ka taolise ettepaneku riskid ja puudused. Mõned kriitilised vastused hoiatasid diskrimineerimise ja onupojapoliitika ohu tekkimise eest, teised tegid ettepanekuid ettevaatusabinõude kohta, millega tagada aus ja objektiivne hindamine. Pakkujaga seotud varasema kogemuse arvesse võtmiseks pakuti näiteks välja, et seda võiks lubada kui varasema kogemuse hindamiseks on olemas objektiivsete ja mõõdetavate kriteeriumitega kontrollsüsteem.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Schoenmaekers, S. The EU debarment rules: legal and economic rationale. - Public Procurement Law Review 2016, 3, lk 92

<sup>20</sup> Euroopa Komisjon. ROHELINE RAAMAT ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta - Euroopa hanketuru tõhustamine, 27.02.2011, COM (2011) 15 - arvutivõrgus:  
<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/ET/1-2011-15-ET-F1-1.Pdf> (20.04.2018)

<sup>21</sup> Euroopa Komisjon. (viide 20) lk 49

<sup>22</sup> Euroopa Komisjon. Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy  
Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies, lk 11-12 - arvutivõrgus:



Rohelise raamatu ja sellele laekunud tagasiside põhjal tegi Euroopa Komisjon 20.12.2011 ettepaneku vastu võtta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta.<sup>23</sup> Ettepanekus on kõrvaldamise alused sätestatud artiklis 55, mille lõike 3 punkt d kohaselt:

"Avaliku sektori hankija võib jätta hankilepingus osalemisest kõrvale mis tahes ettevõtja: [...]

d) kui ettevõtja sama avaliku sektori hankijaga sõlmitud varasema hankilepingu või mõne samalaadse lepingu järgse olulise nõude täitmises on esinenenud ettevõtjapoolseid märkimisväärseid või pidevaid puudusi (rõhuasetus autori poolt)."

Punktist nähtub, et Euroopa Komisjoni on kuulda võtnud liikmesriikide ja hankijate tagasisidet, kuid kohaldanud seda üsna konservatiivselt. Ettepanek näeb sõnaselgelt ette, et kõrvaldamise alusena saaks käsitleda ainult sellist rikkumist, mis on toimunud sama hankijaga varem sõlmitud hankilepingu või mõne samalaadse lepingu raames. Euroopa Komisjon on oma ettepaneku artiklis 55 lg 3 andnud ka juhise, kuidas kõnealuse kõrvaldamise aluse kohaldamiseks käituma peaks:

"Esimese lõigu punkti d alusel kõrvalejätmiseks peavad avaliku sektori hankijad esitama lepingu täitmise hindamise meetodi, mis põhineb objektiivsetel ja mõõdetavatel kriteeriumidel ja mida kohaldatakse süstemaatiliselt, järjepidevalt ja läbipaistvalt. Lepingu täitmise hindamisest tuleb teavitada asjaomast töövõtjat, kellele tuleb anda võimalus tulemused vaidlustada ja saada kohtulikku kaitset."

Uus kõrvaldamise alus põhines suures osas Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankilepingu<sup>24</sup> art VIII lg 4 p c sõnastusel. Sisulise erisusena saab välja tuua, et kui klassikalise hankedirektiivi ettepanekus oli kõrvaldamise aluse kohaldamisala piiratud nõnda, et seda oleks saanud kasutada ainult sama hankijaga varasemalt sõlmitud samaliigiliste lepingute osas, siis Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihankilepingu artikkel 8 sätte kohaldamisala taoliselt ei piira.

---

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/public\\_procurement/synthesis\\_document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf) (20.04.2018)

<sup>23</sup> Euroopa Komisjoni ettepanek EUROOPA PARLAMENDI JA NÕUKOGU DIREKTIIV riigihangete kohta /\* KOM/2011/0896 lõplik - 2011/0438 (COD) , 20.12.2011 - arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=COM:2011:0896:FIN> (20.04.2018)

<sup>24</sup> Agreement on Government Procurement, WTO 1994. – arvutivõrgus: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gpr-94\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf) (20.04.2018)

Euroopa Komisjoni siseturu ja -teenuste direktoraat selgitas riigihangete töörühmale ettevalmistatud mitteametlikus dokumendis, et kõrvaldamise aluse rakendamise aluseid tuleb tõlgendada kitsendavalt, et lepinguliste kohustuste rikkumise tõsidus oleks võrreldav teiste direktiivi ettepanekus sätestatud kõrvaldamise alustega. Euroopa Komisjoni siseturu ja -teenuste direktoraat oli seisukohal, et lepingulise kohustuse täitmise hindamiseks peab olema õiglane ja objektiivne süsteem ning hindamise tulemusi peaks kindlasti tutvustama ka ettevõtjale, kellel peab olema õigus otsusele vastu vaielda ja vajadusel kohasele kohtulikule kaitsele.<sup>25</sup>

Euroopa Komisjon nägi oma ettepanekus ette küll mõningase diskretsiooniruumi hankijate jaoks, kuid piiras seda samas oluliselt - ettepaneku kohaselt oli hankelepingu oluliste või pidevate puuduste tuvastamiseks vaja peaaegu et matemaatilist tõendusmaterjali.<sup>26</sup> Euroopa Komisjoni ettepaneku art 55 lg 3 kohaselt pidid hankijad lähtuma lepingu täitmise hindamise meetodist, mis põhineb objektiivsetel ja mõõdetavatel kriteeriumitel ja mida kohaldatakse süstemaatiliselt, järjepidevalt ja läbipaistvalt. Taolise hindamiskriteeriumite väljatöötamine ja nõude efektiivne elluviimine osutuks praktikas tõenäoliselt väga keeruliseks. Kui iga hankija peab looma oma hindamismeetodi, võib rakenduspraktika nii liikmesriigi siseselt kui Euroopa Liidu üleselt olla väga ebaühtlane ning tuua kaasa pakujate ebavõrdse kohtlemise.

Euroopa Liidu Nõukogu eesistujariik<sup>27</sup> esitas oma muudatusettepanekud 24.07.2012.<sup>28</sup> Tehti ettepanek anda liikmesriikidele suurem otsustusvõimalus ning muuta vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohaldamine kohustuslikuks. Samuti tehti ettepanek ühest küljest laiendada varasema hankelepingu rikkumise kohaldamisala - kaotati nõue, et rikkumine peab olema toimunud kindlasti sama hankijaga sõlmitud hankelepingu raames.<sup>29</sup> See on esmane viide sellele, et ei ole oluline millise hankijaga sõlmitud hankelepingut ebausaldusväärne pakkuja rikkunud. Tõlgendamise kaudu ei võimalik ka argumenteerida vastupidist, kuna

---

<sup>25</sup> Euroopa Komisjoni siseturu ja -teenuste direktoraat (DG Internal Market), Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 3: Reducing documentation requirements, 27.01.2012, lk 6-7 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5736-2012-INIT/en/pdf> (20.04.2018)

<sup>26</sup> de Mars, S. Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade?. Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, Edward Edgar Publishing Limited, 2016, lk 258

<sup>27</sup> perioodil juuli-detsember 2012 oli Euroopa Liidu Nõukogu eesistujariigiks Küpros, enne seda Taani

<sup>28</sup> Euroopa Liidu Nõukogu. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement- Presidency compromise text/Consolidated version. 24.07.2012 - arvutivõrgus: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012878%202012%20INIT> (20.04.2018)

<sup>29</sup> Euroopa Liidu Nõukogu (viide 28) lk 165-168;

Euroopa Liidu Nõukogu eesistujariik on väga selgelt väljendatud oma tahet kõnealuse kõrvaldamise aluse materiaalõigusliku eelduse laiendamiseks.

Teisest küljest muudeti Euroopa Liidu Nõukogu eesistujariigi ettepanekus rangemaks lepingu olulise nõude kriteeriumid - kui Euroopa Komisjoni ettepaneku kohaselt võis alust kohaldada ükskõik millise varasema lepingu olulise nõude rikkumise korral, siis muudatusettepaneku kohaselt peaks varasema hankelepingu olulise nõude rikkumisega kaasnema lepingu ennetähtaegne lõpetamine, kahjunõue või teised samaväärsed sanktsioonid. Samuti piirati kõrvaldamise aluse kohaldamise perioodi - tehti ettepanek, et kõrvaldamise alust saaks kasutada ainult selliste varasemate hankelepingu rikkumiste puhul, mis on toimunud maksimaalselt kolm aastat tagasi.<sup>30</sup> Vastavad ettepanekud on sätestatud muutmata kujul ka jõustunud klassikalises hankedirektiivis. Eesistujariik tegi ettepanekus laiendada vabatahtlike kõrvaldamise aluste loetelu, näiteks jõudsid ettepaneku kaudu klassikalisse hankedirektiivi art 57 lg 4 p-des d, h ja i sätestatud vabatahtlikud kõrvaldamise alused, mis on RHS-s üle võetud § 95 lg 4 p-de 5, 9 ja 10 all.<sup>31</sup> Ei ole piisavalt selge, miks eesistujariik otsustas ühest küljest laiendada vabatahtlike kõrvaldamise aluste loetelu, aga teisest küljest piirata varasema hankelepingu rikkumist kõrvaldamise kohaldamist. Samuti on eesistujariigi ettepanekul jõudnud klassikalisse hankedirektiivi sätte, mille kohaselt on liikmeriikidel võimalik rakendada art 57 lg 4 sätestatud kõrvaldamise aluseid kohustuslike kõrvaldamise alustena. Liikmesriikidele suurema diskretsiooniruumi andmine ei ole üllatav, kuna Euroopa Liidu Nõukogu peamine eesmärk on kahtlemata saavutada liikmesriikidele parim võimalik tulemus.<sup>32</sup>

Euroopa Parlamendi siseturu- ja tarbijakaitsekomisjon avaldas oma muudatusettepanekud Euroopa Komisjoni ettepanekule 11.01.2013.<sup>33</sup> Euroopa Parlamendi soov oli, et ettevõtja võib kõrvaldada hankemenetlusest kui ettevõtja sõlmitud varasema hankelepingu või mõne samalaadse lepingu järgse olulise nõude täitmisel on esinenud ettevõtjapoolseid märkimisväärsed või pidevaid puudusi, olgu need põhjustatud kavatsuslikult või hooletusest. Seega on ka Euroopa Parlament soovinud direktiivist eemaldada viite, et rikkumine peab olema toimunud sama avaliku sektoriga hankijaga sõlmitud hankelepingu raames.

---

<sup>30</sup> Euroopa Liidu Nõukogu (viide 28) lk 166

<sup>31</sup> Euroopa Liidu Nõukogu (viide 28) lk 166

<sup>32</sup> de Mars, S. (viide 26) lk 263

<sup>33</sup> Euroopa Parlament. Ettepanek võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), 11.01.2013 - arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+XML+V0//ET> (20.04.2018)

Regionaalarengukomisjon on selgitusena lisanud, et selliste pakkujate kõrvaldamine hankemenetlustest on vajalik, et vältida korduvaid hankelingu rikkumisi liikmesriikides ja kohalikes omavalitsustest, kes on kõik osa avalikust sektorist.<sup>34</sup> Põhjendusena on toodud ka seda, et kui üks ettevõtja ei ole täitnud oma lepingulisi kohustusi ühe hankijaga, on olemas risk, et ta ei täida oma kohustusi ka teise hankijaga sõlmitud lepingu raames. Hankijad peaksid saama sellist olukord vältida, kui nad oleksid teadlikud ettevõtjal esinenud puudustest.<sup>35</sup> Samas on Euroopa Parlament pidanud oluliseks rõhutada, et ei ole oluline kas varasemad lepingurikkumised on põhjustatud hooletusest või tahtlikult.

Samuti on Euroopa Parlament teinud ettepaneku välja jätta juhised kõnealuse kõrvaldamise aluse rakendamiseks, mille kohaselt pidid hankijad esitama lepingu täitmise hindamise meetodi, et ettevõtjad hankemenetlustest kõrvaldada. Põhjendusena on menetluse raames viidatud, et taolise meetodi peaksid pigem välja pakkuma liikmesriigid, kuna väiksed hankijad ise ei ole võimelised sellist meetodit välja mõtlema.<sup>36</sup> Euroopa Parlamendi menetluse raames laekus ettepanek kõnealuse kõrvaldamise aluse rakendamiseks, mille kohaselt varasema hankelingu rikkumise korral peaks hankija tõendama, et lepingu rikkumise kohta on olemas jõustunud kohtuotsus või ettevõtja kinnitus oma lepingurikkumise kohta. Kui pakkujal ei ole õigust saada tõendit kõrvaldamise aluse õigustatuse kohta, võib see endaga kaasa tuua meelevaldseid, omavolilisi ning juhuslikke otsuseid ja välditavaid vaidlusi.<sup>37</sup> Nimetatud ettepanek pole jõudnud küll lõplikku Euroopa Parlamendi ettepaneku teksti, kuid näitab liikmesriikide soovi saada direktiivist kindlaid ning selgepiirilisi juhiseid aluse kohaldamiseks hankemenetlustes.

Lisaks soovitas Euroopa Parlament vabatahtlike kõrvaldamise aluste seast välja jätta aluse, mille kohaselt võib ettevõtja hankemenetlustest kõrvaldada kui avaliku sektori hankija suudab mis tahes vahenditega tõendada, et ettevõtja on raskelt eksinud muude ametialaste käitumisreeglite vastu. Eelnevalt on välja toodud, et vana hankedirektiivi art 45 lg 2 p d alusel on Euroopa Kohus varasemalt öelnud, et põhimõtteliselt võib pakkuja poolt varasemast hankelepingust tulenenud lepinguliste kohustuste mitte täitmist käsitleda eksimusena kutse- või ametialaste reeglite vastu ning selletõttu kõrvaldada hankemenetlustest ettevõtja.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Euroopa Parlament (viide 33) lk 383-384

<sup>35</sup> Euroopa Parlament. Amendments 1062-1352. 12.07.2012, lk 4 - arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/amendments/2012/492860/IMCO\\_AM\(2012\)492860\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/amendments/2012/492860/IMCO_AM(2012)492860_EN.pdf) (20.04.2018)

<sup>36</sup> Euroopa Parlament (viide 35) lk 5-6

<sup>37</sup> Euroopa Parlament (viide 35) lk 7-8

<sup>38</sup> Euroopa Kohtu otsus C-465/11, *Forposta*, p 29; K.Härginen, M.A.Simovart (viide 6) lk 628

Tõenäoliselt tegi Euroopa Parlament selle soovitusel, kuna varasema hankelepingu rikkumise kohta on sätestatud nüüd direktiivis spetsiaalne kõrvaldamise alus. Eemaldamise ettepaneku selgituse kohaselt on aluse sõnastus liiga ebaselge, arvestades hankemenetlusest kõrvaldamise tõsisest õiguslikku tagajärge. Iga otsus ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldamise kohta peaks põhinema objektiivsetel ja mõõdetavatel kriteeriumidel, avaliku sektori hankija kaalutusõigust tuleks piirata, kuid rasket eksimist ametialaste käitumisreeglite vastu ei ole direktiivis objektiivselt määratletud.<sup>39</sup> Kokkuvõtlikult saab öelda, et Euroopa Parlament võttis vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohaldamise osas palju lahkema suuna, kui Euroopa Komisjon oleks soovinud.<sup>40</sup>

Euroopa Liidu Nõukogu ja Euroopa Parlamendi muudatusettepanekutele järgnesid kolmepoolsed kõnelused<sup>41</sup>. Kolmepoolsete kõneluste eesmärgiks oli saavutada muudatusettepanekute pakett, millega on nõus nii Euroopa Komisjon, Euroopa Liidu Nõukogu kui ka Euroopa Parlament. Iga kolmepoolsete kõneluste raames tehtud kokkulepe on mitteametlik ning see vajab heakskiitu kolme institutsiooni formaalsete reeglite kohaselt.<sup>42</sup> Kuna tegu oli mitteametlike kohtumistega, pole riigihanke direktiivide menetluse raames toimunud kolmepoolsete kõneluste kohta kahjuks palju andmed.

Euroopa Nõukogu materjalidest on näha, et 27. märtsiks 2013 oli kõneluste tulemusena jõutud kõrvaldamise aluse osas järgneva sõnastuseni:

"Avaliku sektori hankija võib jätta ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale või liikmesriigid võivad temalt nõuda ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvalejätmist, kui ettevõtja on ühes järgmises olukorras:

(e) kui ettevõtja puhul on esinenud tõsisest või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu või avaliku sektori hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu kohase olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone;"<sup>43</sup>

Kahjuks ei nähtu avaldatud materjalidest kuidas sellise tulemuseni jõuti. Võib oletada, et tegu oli Euroopa Komisjoni ja Euroopa Liidu Nõukogu vaheliste diskussioonide tulemusel

<sup>39</sup> Euroopa Parlament (viide 33) muudatusettepanek 172, lk 99

<sup>40</sup> Euroopa Parlament (viide 33), lk 99-100; de Mars (viide 26) lk 264

<sup>41</sup> *ing.k trilogue*

<sup>42</sup> Euroopa Komisjon. Glossary - arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/glossary\\_en.htm](http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/glossary_en.htm) (20.04.2018)

<sup>43</sup> Euroopa Liidu Nõukogu. Debriefing following technical meetings and an informal trilogue covering clusters 5 and 2, 8024/13, 27.03.2013, lk 56. - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8024-2013-INIT/en/pdf> (20.04.2018)

tekkinud lahendusega, kuna 27. märtsil 2013 ootas sõnastus veel heakskiitu Euroopa Parlamendilt. 16. aprilliks 2013 oli olemas heakskiit ka Euroopa Parlamendilt.<sup>44</sup> 12. juuliks 2013 oli kolmepoolsete kõneluste tulemusena valmis lõplik kompromisstekst, mis varasema hankelepingu kui kõrvaldamise aluse sõnastusse lisas vaid täpsustuse, et kõrvaldamise alust saab kohaldada ka siis, kui rikutud on varasemat kontsessioonilepingut.<sup>45</sup>

Euroopa Parlamendi esimesel lugemisel<sup>46</sup> sättesse enam sisulisi muudatusi ei lisandunud, muutus vaid artiklite numeratsioon, seega võeti 26. veebruaril 2014 vastu riigihanke direktiivid, mille kõrvaldamise alus varasema hankelepingu rikkumise kohta on järgnev:

"Avaliku sektori hankija võib jätta ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvale või liikmesriigid võivad temalt nõuda ettevõtja hankemenetluses osalemisest kõrvalejätmist, kui ettevõtja on ühes järgmises olukorras:

g) kui ettevõtja puhul on esinenud tõsiseid või pidevaid puudujääke varasema riigihankelepingu või avaliku sektori hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu või varasema kontsessioonilepingu kohase olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone;"

Vaadates klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 punkt g kujunemise kronoloogiat, saab öelda, et Euroopa Komisjoni esialgne ettepanek oli lubada hankijal kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja varasema hankelepingu rikkumise tõttu ainult siis kui hankelepingu rikkumine oli toimunud sama hankija või taotlejaga sõlmitud varasemas samaliigilises lepingus. Euroopa Parlamendi ja Euroopa Nõukogu survele on aluse kohaldamisala oluliselt laiendatud - kõrvaldamise aluse sõnastusest on välja jäetud nõue, et rikkumine peab olema toimunud sama hankijaga sõlmitud varasema hankelepingu raames. Kõneluste käigus on kadunud ka Euroopa Komisjoni rakendusjuhised, mis nõudis hankijalt matemaatiliselt täpsust hankelepingu rikkumise hindamiseks. Teisest küljest on kolmepoolsete kõneluste käigus kõrvaldamise aluse rakendamist kitsendatud lisanõuetega, mille kohaselt on pakkujapoolse rikkumise tulemusena

---

<sup>44</sup> Euroopa Liidu Nõukogu. Examination of compromise proposals - part 1, 8365/13, 11.04.2013, lk 49 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8365-2013-INIT/en/pdf> (20.04.2018)

<sup>45</sup> Euroopa Liidu Nõukogu. Approval of the final compromise text, 11745/13, 12.07.2013, lk 404-405 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11745-2013-INIT/en/pdf> (20.04.2018)

<sup>46</sup> Euroopa Liidu Nõukogu. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Outcome of the European Parliament's first reading (Strasbourg, 13 to 16 January 2014), 22.01.2014 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5218-2014-INIT/en/pdf> (20.04.2018)

pidanud pakkuja maksuma leppetrahvi või on hankija hankalepingu enneaegselt lõpetanud või rakendanud sellega võrreldavaid sanktsioone.

Eelpool toodust saab järeldada, et varasema hankalepingu rikkumine kõrvaldamise aluse tähenduses ei pea olema toimunud sama hankija juures ning pole oluline, millise hankijaga sõlmitud varasemat hankalepingut on pakkuja või taotleja rikkunud. Järeldus on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, kuna pakkujatel on võimalik varasemat ebausaldusväärset käitumist kompenseerida klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 6 üle võtnud RHS § 97 nimetatud heastamismeetmetega.<sup>47</sup> Magistritöö järgmised peatükid annavad ülevaate kõrvaldamise aluse materiaalõiguslikest eeldustest.

## 1.2. Kõrvaldamise subjekt

Nii kohustuslike kui vabatahtlike kõrvaldamise aluste puhul on tegemist olukordadega, mille esinemise korral ei ole mõeldav hankalepingu kaudu avalike vahendite usaldamine sellises olukorras olevate isikute käsutusse.<sup>48</sup> Eestis on Äriregistri Ettevõtjaportaali kaudu on võimalik kiirmenetluse korras asutada uusi ettevõtteid tunni või paariga. Eestis on lausa püstitatud kõige kiiremini internetis asutatud ettevõtte maailmarekord, kus kogu registreerimise protsess võttis algusest lõpuni aega 18 minutit ja 3.05 sekundit.<sup>49</sup> Uue ettevõtte asutamise protsess on Eestis niivõrd lihtsaks tehtud, et ebausaldusväärsetel pakkujatel on kerge luua uus juriidiline isik ja vajadusel probleemsest juriidilisest kehasst vabaneda. Ettevõtetel on võimalik uue juriidilise keha abil end reorganiseerida või taas luua, et vältida hankemenetlusest kõrvaldamist. Kui pakkujal on olnud probleeme varasemate hankalepingute täitmisega ning selletõttu ähvardab teda tulevastest hankemenetlustest kõrvaldamine, on pakkujal võimalik luua näiteks uus tütarettevõtte, kes ei ole RHS § 95 lg 4 p-s 8 nimetatud kõrvaldamise aluse olukorras. Uue asutatud tütarettevõtte probleemiks hankemenetluses pakkumuse esitamisel on kindlasti hankija poolt näidatud kvalifitseerimiskooste täitmine. Näiteks on hankijal RHS § 100 lg 1 p 4 alusel õigus, kuid

<sup>47</sup> Sanchez-Graells, A. Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24 - Lichere, F., Caranta, R., Treumer, S. (toim.). *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, vol. 6 European Procurement Law Series, (Copenhagen, Djøf Publishing, 2014), lk 110

<sup>48</sup> Riigihangete seaduse eelnõu. 450 SE. 04.05.2017, lk 79

<sup>49</sup> Justiitsministeerium. E-äriregistri ettevõtjaportaali on maailma kõige kiirem. 12.11.2009 - arvutivõrgus: <https://www.just.ee/et/uudised/e-ariregistri-ettevotjaportaali-maailma-koige-kiirem> (20.04.2018); RecordSetter veebileht - arvutivõrgus: <https://recordsetter.com/world-record/register-private-limited-company-via-the-internet/2324?autoplay=false> (20.04.2018)

mitte kohustus, nõuda dokumente pakkuja netokäibe kohta hankelepinguga seotud valdkonnas. Ka sellest kitsaskohast saab üle, kuna uuel tütarettvõtel on võimalus tugineda teise ettevõtja vahenditele RHS § 103 lg 1 alusel või sõlmida esmalt lepinguid juriidiliste isikutega, kes ei ole hankijad.

Kuna kõrvaldamise aluste esinemise korral ei ole mõeldav hankelepinguga avalike vahendite jagamine taolistele isikutele, tekib küsimus kas kõrvaldada võiks pakkuja riigihankemenetlusest ka juhul, kui varasema hankelepingu rikkumise on toime pannud pakkuja tütar-, sõsar- või emaettevõtte, st kas võiks lugeda üheks ettevõtjaks üksteisega valitseva mõju kaudu seotud ettevõtjaid. Teatud tingimustel loetakse Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõistes seotud ettevõtjad üheks juriidiliseks isikuks.<sup>50</sup> Näiteks sätestab võrgustiku hankedirektiiv valitseva mõju kaudu seotud ettevõtjatega sõlmitavate hankelepingute jaoks erandi. Võrgustiku hankedirektiivi art 29 lg 3 kohaselt on võrgustiku hankedirektiivi kohaldamisalast välja jäetud seotud ettevõtjaga sõlmitud hankelepingud. Võrgustiku hankedirektiivi põhjenduse 41 ja art 29 lg 2 kohaselt tuleb ettevõtjad lugeda seotuks, kui asjaomase hankija ja ettevõtja vahel on otsene või kaudne valitev mõju või kui mõlemad on mõne teise ettevõtja valitseva mõju all. Samuti jääb klassikalise hankedirektiivi art 12 kohaselt hankedirektiivi kohaldamisalast välja hankelepingud, kui täidetud on nn *Teckal*'i printsiip, st kui hankija teostab pakkuja suhtes kontrolli nagu oma struktuuriüksuse üle ning kui see ettevõtte tegutseb peamiselt tema üle kontrolli teostava hankija huvides, kellele ta kuulub.<sup>51</sup>

Ameerika Ühendriikides võib hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja, kui pakkuja tütar-, sõsar- või emaettevõtte on toime pannud kõrvaldamist vääriva rikkumise.<sup>52</sup> 1990ndate lõpus toimus Ameerika Ühendriikides suur riigihankereform, mille aluseks võeti ettevõtjate varasem hankelepingute täitmine. Eesmärgiks oli vähendada menetluste jäikust ja võimaldada ostjatel kasutada paindlikemaid ostumeetodeid, mis sarnanevad erasektoris kasutatavale praktikale. Uue reformi elluviimise ajal kerkisid takistused selle kohta, kuidas koguda ja jagada infot ettevõtja varasema lepingutäitmise kohta. Alates 2013. aastast on Ameerika Ühendriikides kohustuslik lisada info ettevõtjate varasema lepingutäitmise kohta föderaalsesse andmebaasi.<sup>53, 54</sup> Ka Maailmapank on mõistnud, et ettevõtted taasloovad end, et

---

<sup>50</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 369

<sup>51</sup> Euroopa Kohtu otsus C-107/98 *Teckal* p 50

<sup>52</sup> United States Federal Acquisition Regulation (FAR) 24.01.2018 9.403, 9.406-1 (b) - arvutivõrgus: <https://www.acquisition.gov/browsefar> (20.40.2018)

<sup>53</sup> Contractor Performance Assessment Reporting System (CPARS)

<sup>54</sup> Piga, G., Tatrai, T. *Law and Economics of Public Procurement Reforms*. Routledge, 2018, lk 2-3



vältida avastamist ja karistusi ning seetõttu kõrvaldab hankemenetlusest ettevõtte, mis on reegleid rikkunud, samuti selle ettevõttega seotud füüsilised ja juriidilised isikud, kellel on enamusosalus ettevõttes või ettevõtte, keda kõrvaldatud ettevõtte kontrollib ja seda seni, kuni kõrvaldamise alus on jõus.<sup>55</sup> Leedu riigihangete seadus kohustab hankijal kõrvaldama hankemenetlusest pakkuja, kelle puhul on hankijal mõjuvad tõendid, et pakkuja on asutatud eesmärgiga vältimaks hankemenetlusest kõrvaldamist varasemate hankelepingu rikkumiste tõttu.<sup>56</sup>

Klassikalise hankedirektiivi art 2 lg 1 p 11 kohaselt on ettevõtja füüsiline või juriidiline isik või avaliku sektori asutus või selliste isikute või asutuste rühm, sealhulgas igasugused ettevõtjate ajutised ühendused, kes pakuvad turul ehitustööde või ehitustöö tegemist, asju või teenuseid. Hankedirektiivi põhjendus täpsustab, et mõiste peaks hõlmama äriühinguid, filiaale, tütarettevõtjaid, ühisettevõtteid, ühistuid, aktsiaseltsi, era- või avalik-õiguslikke ülikoole ja muud liiki üksuseid, mis ei ole füüsilised isikud, olenemata sellest, kas nad on "juriidilised isikud" kõigis aspektides.

Eesti RHS § 95 lg-te 1 ja 4 kohaselt võib hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja või taotleja. Pakkuja on RHS § 7 lg-te 1 ja 2 tähenduses riigihankes hankijale pakkumuse või esialgse pakkumuse esitanud ettevõtja ja taotleja on RHS tähenduses riigihankes hankijale taotluse esitanud ettevõtja. RHS viitab ettevõtja mõiste sisustamisel konkurentsiseadusele<sup>57</sup>, mille § 2 lg-te 1 ja 2 kohaselt on ettevõtja äriühing, füüsilisest isikust ettevõtja või muu majandus- või kutsetegevuses osalev isik või juriidiliseks isikuks mitteolev ühendus või ettevõtja huvides tegutsev isik, sealhulgas riik, kohaliku omavalitsuse üksus, avalik-õiguslik juriidiline isik või muu haldusülesandeid täitev isik, kui nad osalevad kaubaturul.

Tundub, et ka Euroopa Liit on võtnud suuna sinnapoole ja alustanud nn kõrvaldamise subjektide ringi laiendamist kohustuslike kõrvaldamise aluste osas. Klassikaline hankedirektiiv art 57 lg 1 kohustab kohustuslike kõrvaldamise aluste puhul hankemenetlusest kõrvaldama ettevõtja, kelle haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liige, volitatud esindaja või isik, kellel on õigus ettevõtte nimel otsuseid teha või kontrollida, on lõpliku süüdimõistva

---

<sup>55</sup> Williams, S. The mandatory exclusions for corruption in the new EC Procurement Directives. - European Law Review. 2006/31, lk 721; World Bank Sanctions Procedures. 01.01.2011, § 9.04 ja § 9.05 - arvutivõrgus: [http://siteresources.worldbank.org/EXTOFFEVASUS/Resources/WB\\_Sanctions\\_Procedures\\_Jan\\_2011\(with\\_July\\_2011\\_Amendments\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTOFFEVASUS/Resources/WB_Sanctions_Procedures_Jan_2011(with_July_2011_Amendments).pdf) (20.04.2018)

<sup>56</sup> Leedu riigihangete seadus. 25.05.2017 XIII-327, art 46 lg 4 p 6 viimane lause - arvutivõrgus: <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/207ad17030a011e78397ae072f58c508> (20.04.2018)

<sup>57</sup> Konkurentsiseadus, RT I, 20.12.2017, 7

kohtuotsusega süüdi mõistetud hankedirektiivis näidatud põhjustel. Direktiiv ei täpsusta kas süüdi mõistmine peab olema toimunud Euroopa Liidu piires või saab arvesse võtta ka karistusi, mis on määratud väljapool Euroopa Liitu.<sup>58</sup> RHS § 95 lg 2 sõnastuse kohaselt pole oluline millises riigis süüdi mõistmine on toimunud nii kaua kuni karistus on isiku elu- või asukohariigi õigusaktide alusel kehtiv. Tulevikus on ilmselt kõige enam vaidlusi tekitav see, kes on isik, kellel on õigus ettevõtet kontrollida. Kohtupraktika peab näitama kas sinna alla võiks kuuluda ka näiteks emasettevõtte juhatuse liige. Õiguskirjanduses on väljendatud ka vastupidist arvamust, mille kohaselt on hankedirektiivi art 57 lg 1 üsna selge ning tõenäoliselt kohtuvaidlusi selle pinnalt ei teki.<sup>59</sup> RHS on võtnud sätte üle ilma kontrolliaspekti mainimata. RHS § 95 lg 1 kasutab sõnastust "[...] keda või kelle haldus-, juhtimis- või järelevalveorgani liiget või muud seaduslikku või asjaomase riigihankega seotud lepingulist esindajat [...]".Tuleb korrata, et võimalus kõrvaldamise subjektide ringi laienemiseks tekib ainult hankedirektiivis ja RHS-s sätestatud kohustuslike kõrvaldamise aluste osas.

Vabatahtlike kõrvaldamise aluste, sh RHS § 95 lg 4 p-s 8 käsitletav varasema hankelepingu rikkumise, osas ei saa rääkida kõrvaldamise subjektide ringi laienemisest. Hankedirektiiv kohustab ühest küljest tõlgendama ettevõtja mõistet võimalikult laialt, teisest küljest ei sätesta ka võimalust, et vabatahtlike kõrvaldamise aluste tähenduses võiks kõrvaldamise subjektide ringi alla kuuluda ka valitseva mõju kaudu seotud ettevõtjad. Selline kõrvaldamise subjektide ringi laiendamine riigihankeõiguses, nii et kõrvaldada saaks ka valitseva mõju kaudu seotud ettevõtteid, läheks vastuollu proportsionaalsuse põhimõttega, mille kohaselt peab riive olema sobiv seatud eesmärgiga, vajalik eesmärgi saavutamiseks ning mõõdukas. Võib argumenteerida Ameerika Ühendriikide ja Maailmapanga näitel, et kui hankemenetlusest saaks kõrvaldada ka valitseva mõju kaudu seotud ettevõtteid võiks meede olla sobiv, kuna taoline kõrvaldamine soodustab eesmärgi saavutamist, milleks on ebausaldusväärsete pakkujate eemaldamine riigi ressursside juurest. Vaieldav on see, kas riive oleks ka vajalik, st kas eesmärki oleks võimalik saavutada mõne teise, vähem koormava abinõuga, mis on vähemalt sama efektiivne kui esimene. Hankedirektiivis ei ole vabatahtlike kõrvaldamise aluste osas ette nähtud kõrvaldamise subjektide ringi laiendamist. Kõrvaldamine hankemenetlusest ja sellega seoses hankelepingu sõlmimise võimaluse võtmine ettevõtjalt piirab konkurentsi efektiivset ärakasutamist hankemenetlustes. Mõõdukuse üle otsustamisel on vajalik kaasuda põhiõigustesse sekkumise ulatust ja intensiivsust ning teiselt poolt

---

<sup>58</sup> Priess, H-J. The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. Public Procurement Law Review 2014, lk 114

<sup>59</sup> de Mars, S. (viide 26) lk 269

eesmärgi tähtsust.<sup>60</sup> Euroopa Liidu riigihankeõiguses jääb mõõdukus proportsionaalsuse põhimõtte hindamisel pigem tahaplaanile ning Euroopa Kohus hindab oma praktikas pigem sobivust ning vajalikkust.<sup>61</sup> Samuti tekiks kõrvaldamise subjektide ringi laiendamisel vastuolu läbipaistvuse põhimõttega, mille eesmärk on tagada, et puudub oht hankija eelistusteks ja meelevalduseks. Kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel peab olema võimalik mõista hankemenetluse tingimuste täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada.<sup>62</sup> Järelikult ei ole võimalik hankemenetlusest kõrvaldada pakkujat, kui varasema hankelepingu rikkumise on toime pannud pakkuja tütar-, sõsar- või emaettevõtte, kuna taoline kõrvaldamise subjektide ringi laiendamine ei ole kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõiguse üldpõhimõtetega.

Küsimus tekib ka sellest kas riigihankemenetlusest saab kõrvaldada ka õigusjärglasest ettevõtjat. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on hankelepingu täitja asendamine reeglina keelatud. *Presstext* lahendis on Euroopa Kohus samas möönnud, et teatud tingimustel ei ole hankelepingu üleandmise puhul tegemist hankelepingu tingimuste olulise muutmisega, vaid lepingupartneri sisemise ümberkujundamisega.<sup>63</sup> Euroopa Kohtu praktika peegeldub klassikalise hankedirektiivi põhjenduses 110, mille kohasel peaks lepingut täitvad edukal pakkujal olema võimalik läbida lepingu täitmise ajal näiteks sisemiste ümberkorralduste, ühinemiste, ülevõtmiste ja omandamiste või maksejõuetuse tulemusena teatavad struktuurimuutusi ning selliste muutuste puhul ei peaks automaatselt nõudma uusi hankemenetlusi kõigi asjaomase pakkuja täidetavate riigihankelepingute suhtes.

Klassikalise hankedirektiivi art 72 lg 1 p d (ii) alusel sätestatud RHS § 123 lg 1 p 6 kohaselt on hankelepingu muutmise lubatud, kui pakkuja asendatakse osaliselt või täielikult uue riigihanke alusdokumentides sätestatud kvalifitseerimise tingimusi täitva pakkujaga ettevõtja restruktureerimise, sealhulgas ülevõtmise, ühinemise, võõrandamise või maksejõuetuse tõttu, eeldusel et pakkuja asendamisega ei kaasne hankelepingu muid olulisi muudatusi. Mari Ann Simovart on oma doktoritöös rõhutanud, et võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse printsiibi kohaselt ei saa õigeks pidada olukorda, kus hankemenetluses kvalifitseerimata jäänud ja seetõttu lepingust ilmajäänud isikul või isikul, kes ei oleks hankemenetluses osalemiseks

---

<sup>60</sup> RKPJKo 3-4-1-16-08 p 29

<sup>61</sup> Euroopa Kohtu otsus C-210/03 *Swedish Match* p 47

<sup>62</sup> Euroopa Kohtu otsus C-42/13 *Cartiera* p 44

<sup>63</sup> Euroopa Kohtu otsus C-454/06 *Presstext* p 40, 43-45

kvalifitseerunud, õnnestub hiljem hankelepingu pooleks saada lepingulise kohustuse ülevõtmise tulemusel.<sup>64</sup>

VÕS § 180 lg 2 ja § 185 alusel lähevad ettevõtte osa ülemineku tulemusena omandajale üle ettevõttesse kuuluvad ettevõtte majandamisega seotud ja selle majandamist teenivad asjad, õigused ka kohustused, muu hulgas ettevõttega seotud lepingud. Ettevõtte osa üleandmise korral läheb õigusjärgluse korras üle ettevõtte osaga seotud õigused ja kohustused, mille raames on üleantav ka senine kogemus kui üleantava ettevõtte osa tegevust iseloomustav asjaolu. Tegemist on erilise üldõigusjärgluse juhtumiga ning õiguseelneja varasemale kogemusele tuginemise keelatus hankemenetluses oleks käsitatav konkurentsi olulise piiranguna, mis peaks olema selgelt sätestatud riigihangete seaduses. Euroopa Kohus on leidnud, et ettevõtte ülemineku tõendamise otsustav kriteerium on asjaolu, kas üleantav majandusüksus säilitab oma identiteedi, mis tuleneb eelkõige sellest, et tema tegevus reaalselt jätkub. Majandusüksuse identiteet on seotud ka muude elementidega, nagu personal, töö korraldus, tegevusmeetodid või kasutatavad töövahendid. Üksuse identiteedi üleminekul arvestatavad asjaolud võiksid olla asjakohased ka kõrvaldamise võimalikkuse tuvastamisel, kuid Riigikohus leidnud, et kehtiv õigus ei võimalda omandatud ettevõtte või selle osa eelneva karistatuse üleminekut uuele ettevõttele. Ettevõtte või selle seadusliku esindaja karistus on isikuga lahutamatult seotud staatus ega ole seetõttu õigusjärgluse korras üleantav ega ülekantav.<sup>65</sup>

Vaieldav on kas varasema hankelepingu osas leppetrahvi maksmine, hankelepingu ennetähtaegne lõpetamine ja muud sarnased sanktsioonid on pigem seotud lepinguga ja varasema kogemusega või kvalifitseeruvad karistuseks, mis on isikuga lahutamatult seotud. Õigusjärglus võib alata ka hankelepingu täitmise kestel. Sellisel juhul saab argumenteerida, et õigusjärglasele lähevad üle ka õiguseellase poolt hankelepingu varasema täitmise käigus kantud sanktsioonid. Näiteks on võimalik olukord, kus hankelepingut õiguseellasega pole küll lepingut lõpetatud, aga õiguseellane on pidanud maksuma leppetrahvi. Autor on seisukohal, et teatud olukordades on tõepoolest võimalik kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja, kelle õiguseellane on varasemat hankelepingut rikkunud.

Samuti on klassikalise hankedirektiivi art 71 lg 6 p b üle võtnud RHS § 122 lg 4 kohaselt hankijal võimalik nn kaudselt hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja alltöövõtja, kui hankija

---

<sup>64</sup> Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihangetes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoriväitekirj. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 61

<sup>65</sup> RKTko 3-3-1-45-12 p 20, 26

on sellise võimaluse ja tingimused riigihanke alusdokumentides ette näinud. Kui alltöövõtjal esineb vabatahtlik kõrvaldamise alus, võib hankija nõuda RHS § 122 lg 7 alusel pakkujalt sellise alltöövõtja asendamist. Tulenevalt RHS § 238 lg 4 on ehitustööde hankelepingu ja kontsessioonilepingu korral alates 01.01.2019 hankijal kohustus nõuda pakkujalt pakkumuses kinnituse esitamist, et pakkuja ei kaasa alltöövõtjat, kelle asendamise saaks hankija nõuda kõrvaldamise aluste esinemise tõttu.

Hankija võib RHS § 98 lg 1 alusel esitada riigihanke kvalifitseerimistingimustes nõuded pakkujate või taotlejate majanduslikule või finantsseisundile, samuti tehnilisele ja kutsealasele pädevusele. Pakkujal on klassikalise hankedirektiivi art 63 lg 1 üle võtnud RHS § 103 lg 1 alusel võimalik tõendada oma vastavust hankija poolt esitatud nõuetele tuginedes teise ettevõtja vahenditele, näidates, et teine ettevõtja täidab hankija esitatud nõudeid. Euroopa Kohus on oma varasemas praktikas leidnud, et ettevõtjatel on õigus tugineda konkreetse lepingu puhul teiste üksuste pädevusele, olenemata nendevaheliste sidemete õiguslikust laadist, juhul kui ta tõendab hankijale, et pakkujal on võimalus lepingu täitmiseks vajalikke, neile üksustele kuuluvaid vahendeid kasutada.<sup>66</sup> Vastav seisukoht peegeldub ka klassikalise hankedirektiivi artiklis 63, mille kohasel kui ettevõtja soovib tugineda teise ettevõtja vahenditele, tuleb tal hankijale tõendada, et vajalikud vahendid on talle kättesaadavad, näiteks võib pakkuja esitada teiselt ettevõtjalt saadud kinnituse. Ettevõttel on õigus tugineda kas ühe või mitme teise ettevõtte vahenditele ning kumuleeruda mitme ettevõtte vahendid juhul, kui ettevõttele on hankelepingu täitmisel vahendid tõepoolest kättesaadavad.<sup>67</sup> Klassikalise hankedirektiivi art 63 lg 1 näeb nüüd ette, et ettevõtjad võivad teiste ettevõtjate pädevusele tugineda, kui viimati nimetatud teevad selliseid ehitustöid ja osutavad selliseid teenuseid, mille jaoks selline suutlikkus on nõutav ning avaliku sektori hankija nõuab, et ettevõtja asendaks üksuse, kes ei vasta asjakohasele kvalifitseerimise tingimusele või kelle puhul esinevad kohustusliku kõrvaldamise alused. Selle artikliga kehtestatakse sisulised muudatused ettevõtja õigusesse tugineda hankemenetluses teiste üksuste pädevusele, see säte kehtestab hoopis uued tingimused, mida ei olnud varasemas korras ette nähtud.<sup>68</sup>

Hankijale on antud võimalus nõuda teise ettevõtja asendamist, kui selle teise ettevõtja puhul esineb mõni vabatahtlik kõrvaldamise alus, näiteks on ettevõtte rikkunud varasemat hankelepingu. Juhul, kui pakkuja hankija nõudel ettevõtet ei asenda, peab RHS § 103 lg 6 kohaselt hankija pakkuja kvalifitseerimata jätma, kui pakkuja ei täida esitatud

<sup>66</sup> Euroopa Kohtu otsused C-234/14 *Ostas celtnieks* p 23; C-94/12 *Swm Contruzioni* p-d 29, 33, 34

<sup>67</sup> Euroopa Kohtu otsused C-234/14 *Ostas celtnieks* p 23; C-94/12 *Swm Contruzioni* p-d 29, 33, 34

<sup>68</sup> Euroopa Kohtu otsused C-223/16 *Casertana* p 25-26; C-324/14 *Partner Apelski* p 88-91

kvalifitseerimise tingimusi iseseisvalt. Kvalifitseerimata jätmine ja kõrvaldamine on riigihankemenetluses kaks eraldi otsustust, kuid pakkuja jaoks on tagajärg sama - pakkuja pakkumust ei võeta arvesse ning hankelepingut temaga ei sõlmita.

Itaalia on 11.detsembril 2017 esitanud Euroopa Kohtule eelotsusetaotluse küsimusega kas piiratud hankemenetluses peavad eelkvalifitseeritud ettevõtjad, s.o. ettevõtjad, kellele hankija on esitatud teabe hindamise põhjal teinud ettepaneku teha pakkumus, ja pakkumuse esitavad ettevõtjad olema õiguslikult ja majanduslikult täiesti samad isikud. Itaalia kaasuses oli tegu olukorraga, kus kahe eelkvalifitseeritud ettevõtjat kontrollivate valdusettevõtete vahel oli sõlmitud ühinemisleping peale taotlejate eelkvalifitseerimist kuid enne pakkumuste esitamist.<sup>69</sup> Oluline on märkida, et Euroopa Kohus ei hinda eelotsusemenetluse raames siseriiklike õigusnormide kooskõla liidu õigusega ning ei tõlgenda siseriiklike õigus- ja haldusnorme. Kooskõla hindamine on siseriiklikul kohtul ning Euroopa Kohus annab kooskõla hindamiseks siseriiklikule kohtule vaid liidu õiguse tõlgendamise juhtnöörid menetluses oleva kohtuasja lahendamiseks.<sup>70</sup>

### 1.3. Hankelepingu olulise nõude rikkumine ja sellele järgnevad õiguskaitsevahendid

Teise uurimisküsimusena tuleb uurida kuidas sisustada hankedirektiivi art 57 lg 4 p-s g sätestatud varasemat hankelepingut puudutavaid eeldusi: "[...] on esinenud tõsiseid või pidevaid puudujääke [...] varasema [...] lepingu kohase olulise nõude täitmisel, mille tulemusel on see leping tulnud enneaegselt lõpetada, makstud kahjutasu või rakendatud sellega võrreldavaid sanktsioone". RHS § 95 lg 4 p 8 sätestab hankedirektiivi reegli järgmises sõnastuses: "[...] kes on oluliselt või pidevalt rikkunud eelnevalt sõlmitud hankelepingut või hankelepinguid nii, et rikkumise tulemusena on lepingust taganatud või leping üles öeldud, hinda alandatud, hüvitatud kahju või makstud leppetrahvi". RHS § 95 lg 5 sätestab ka lisatingimuse, et RHS § 95 lg-s 4 nimetatud vabatahtlikke kõrvaldamise aluseid saab kohaldada hankemenetlustes, mis on alanud kolme aasta jooksul nimetatud teo toimepanemisest või aluse esinemisest arvates.

---

<sup>69</sup> Euroopa Kohtu otsus C-697/17 *Telecom Italia*

<sup>70</sup> Euroopa Kohtu otsused C-151/02 *Jaeger*, p 43; C-292/92 *Hünernmund*, p 8, C-285/99 ja C-286/99 *Lombardini ja Mantovani*, p 27 jpt

Riigihankeõigus on oma olemuselt kombinatsioon era- ja avalikust õigusest: enne lepingu sõlmimist toimuv allub avalik-õiguslikule regulatsioonile, kuid alates lepingu sõlmimisest on tegu tavalise eraõigusliku lepinguga, välja arvatud lepingu muutmisega seonduvad teatud piirangud.<sup>71</sup> RHS § 8 lg 2 kohaselt kohaldatakse hankepingule võlaõigusseaduses ja teistes õigusaktides asjaomase lepinguliigi kohta sätestatud, kui RHS-s ei ole sätestatud teisiti. RHS § 73 lg 3 p 1 kohaselt lõpeb hankemenetlus hankepingu sõlmimise momendil ning hankeping kui eraõiguslik leping allub võlaõigusseaduse<sup>72</sup> ja tsiviilseadustiku üldosa seaduse<sup>73</sup> normidele.<sup>74</sup> Seetõttu jäävad hankepingutega seotud vaidlused tsiviilõiguslikuks vaidluseks ka siis, kui üheks pooleks on avalik-õiguslik isik.<sup>75</sup>

Mari Ann Simovart on oma doktoritöös asunud seisukohale, et hankepingud ei saa samas alluda ainuüksi eraõiguslikule regulatsioonile. Hankepingutega seotud kaasustes tuleb järgida riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid ja hankedirektiivi reegleid. Üldpõhimõtete ja hankedirektiivi reeglite järgimine on kohustuslik ka juhul, kui need ei ole otseselt riigisisese õiguses kajastatud.<sup>76</sup> Isegi juhul, kui hankija tegevus ei riku ühtegi seaduses sätestatud sõnaselget reeglit, võib hankija tegevus olla ebaseaduslik kuna selline tegevus on vastuolus Euroopa Liidu riigihankeõiguse põhimõtetega.<sup>77</sup> Seetõttu ei saa siseriiklikusse õigusesse üle võetud hankedirektiivi reegleid hankepingu rikkumise tähenduses tõlgendades lähtuda ainuüksi Eesti riigisisese õigusest, eelkõige võlaõigusseadusest ja tsiviilseadustiku üldosa seadusest, vaid tõlgendamisel peab silmas pidama ka Euroopa Liidu ning siseriikliku riigihankeõiguse üldpõhimõtteid, sealjuures on Euroopa Liidu riigihanke üldpõhimõtted ülimuslikud siseriiklike eraõiguslike reeglite ees.

Hankija on kohustatud tagama, et ei tekiks vastuolu riigihanke üldpõhimõtetega - võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtetega. Hanke üldpõhimõtetele lisandub veel ka Euroopa Kohtu poolt loodud efektiivsuse printsiip, mille kohaselt tuleb nii hankedirektiive kui siseriiklikku regulatsiooni tõlgendada ja kohaldada nii, et oleks tagatud direktiivi eesmärgi saavutamine. Efektiivsuse printsiip hõlmab endast ka abinõusid ehk õiguskaitsevahendeid, mis peavad kindlustama hankereeglite reaalse toimimise.<sup>78</sup> Klassikalise

---

<sup>71</sup> Simovart, M. A. (viide 64) lk 10

<sup>72</sup> Võlaõigusseadus, RT I, 31.12.2017, 8 (edaspidi VÕS)

<sup>73</sup> Tsiviilseadustiku üldosa seadus RT I, 20.04.2017, 21 (edaspidi TsÜS)

<sup>74</sup> Simovart, M. A. (viide 64) lk 35

<sup>75</sup> RKEKo otsus 3-3-1-15-01 p 15

<sup>76</sup> Simovart, M. A. (viide 64) lk 11

<sup>77</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 613

<sup>78</sup> Simovart, M. A. (viide 64) lk 12, 32

hankedirektiivi põhjendus 101 pöörab vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohaldamisel erilist tähelepanu proportsionaalsuse põhimõttele, selgitades, et väikese rikkumised peaksid ainult erandjuhtudel viima ettevõtja kõrvaldamiseni. Samas mööndab direktiiv, et korduvad väikesed rikkumised võivad kahtluse alla seada ettevõtja usaldusväärsuse ja põhjendada tema kõrvaldamist.

Hankedirektiivi ja RHS sätetest saab tuletada, et varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise eelduseid on kolm:

1. pakkuja on varasemalt sõlmitud hankelepingut rikkunud oluliselt või pidevalt;
2. rikkumise tulemusena on hankija pakkuja suhtes kohaldanud õiguskaitsevahendeid: hankija on lepingust taganenud, lepingu üles öelnud või hinda alandanud, ettevõtja on hüvitanud kahju või maksnud leppetrahvi;
3. teo toimepanemisest või aluse esinemisest ei ole möödas rohkem kui kolm aastat.

Kui kõrvaldamise aluse kohaldamise eeldused on täidetud, ei tähenda see automaatselt pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamist, kuna alles pärast asjaolude esinemise kindlakstegemist tuleb hankijal kaalutusõiguse piires langetada otsus, kas pakkuja kõrvaldada või mitte.<sup>79</sup> Hankija põhjendamiskohustust on pikemalt käsitletud magistritöö peatükis 2.3.

Varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise esimese eelduse sisustamisel tuleb esmalt vaadata Euroopa Kohtu praktikat. Euroopa Kohtu *Forposta* lahendi kohaselt võis enne uute hankedirektiivide üle võtmist põhimõtteliselt pakkuja poolt varasemast hankelepingust tulenenud lepinguliste kohustuste mitte täitmist käsitada eksimusena kutse- või ametialaste reeglite vastu vanas hankedirektiivi art 45 lg 2 p-s d ettenähtud kõrvaldamise aluse tähenduses ning sellele tuginedes pakkuja menetlusest kõrvaldada,<sup>80</sup> kui eksimus on raske.

Euroopa Kohus on *Forposta* lahendis selgitanud, et „raske eksimus“ viitab enamasti ettevõtja käitumisele, milles ilmneb tema süüline tahtlus või teatava raskusastmega hooletus. Seega võib lepingu või selle osa ebakvaliteetne, ebatäpne või puudustega täitmine tõesti näidata asjaomase ettevõtja kutsealase pädevuse piiratust, kuid ei seda ei saa automaatselt samastada raske eksimusega. Raske eksimuse tuvastamine eeldab, et kõnealuse ettevõtja käitumist on konkreetselt ja individuaalselt hinnatud. *Forposta* lahendis käsitletav õigusnorm pani

---

<sup>79</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 8

<sup>80</sup> Euroopa Kohtu otsus C-465/11, *Forposta*, p 29; Härginen, K., Simovart, M.A. (viide 6) lk 628



hankijale kohustuse kõrvaldada ettevõtja hankemenetlusest, kui hankija on ettevõtjale süükspandavatel asjaoludel üles öelnud või taganenud varasema sama pakkujaga sõlmitud hankelepingust, kui see on toimunud hankemenetluse alustamisele eelnenud kolme aasta jooksul ja täitmata jäänud hankelepingu osa väärtus moodustab vähemalt 5% lepingu maksumusest. Kohus selgitas, et liikmesriikide õigussüsteemides võib mõiste „süükspandavad asjaolud“ olla väga lai ning hõlmata olukordi, mis lähevad märgatavalt kaugemale asjaomase ettevõtja käitumisest, milles ilmneb tema süüline tahtlus või teatava raskusastmega hooletus. Seega ei saa mõistet „raske eksimuse“ asendada automaatselt mõistega „süükspandavad asjaolud“.<sup>81</sup>

Kohtujurist Gulmann on kohtuasjas C-71/92 leidnud, et hankijal on võimalus kõrvaldada ettevõtja hankemenetlusest tahtliku tegevusetuse eest lepingu täitmisel.<sup>82</sup> Ei ole selge kas on vajalik rikkumise teatud oluline mõju või tahtlus või millistel põhjustel saaks rikkumist lugeda mitte-oluliseks. Raske eksimuse mõiste sisustamisel on palju ebakindlust ja kõrvaldamise sellel alusel kujutab endast õiguslikku riski.<sup>83</sup>

Sue Arrowsmith' arvamuse kohaselt võiks rakendada *Forposta* lahendis Euroopa Kohtu poolt raske eksimuse mõiste kriteeriumid ka art 57 lg 4 p g tõlgendamisel selles osas, et mida saab lugeda hankelepingu oluliseks rikkumiseks.<sup>84</sup> Uutes hankedirektiivides kehtestatud uued vabatahtlikud kõrvaldamise alused pööravad varasemast enam tähelepanu ettevõtja usaldusväärsusele.<sup>85</sup> Klassikalise hankedirektiivi põhjendus 101 toob näitliku loetelu mida võiks lugeda hankelepingu olulise nõude rikkumiseks:

- a) pakkuja ei ole suutnud täita kohustusi;
- b) pakkuja poolt tarnitud toote või osutatud teenusega seoses on esinenud olulisi puudusi, mistõttu ei ole võimalik neid kavandatud otstarbel kasutada;
- c) pakkuja varasem käitumine on tekitanud tõsiseid kahtlusi pakkuja usaldusväärsuse osas.

Põhjendus selgitab, et väikesed rikkumised peaksid ainult erandjuhtudel viima ettevõtja kõrvaldamiseni. Siiski võivad korduvad väikesed rikkumised seada kahtluse alla ettevõtja usaldusväärsuse ja põhjendada tema kõrvaldamist. Seega võib rikkumine olla nii ühe

---

<sup>81</sup> Euroopa Kohtu otsus C-465/11, *Forposta* p 6, 30-33

<sup>82</sup> Euroopa Kohus C-71/92, *komisjon vs Hispaania*, kohtujurist Gulmann ettepanek, p 95

<sup>83</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1257

<sup>84</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1269

<sup>85</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1242

hankelepingu ühekordne, kuid oluline rikkumine kui ka mitme hankelepingu oluline rikkumine. Rikkumine võib olla ka ühe või mitme hankelepingu pidev rikkumine.<sup>86</sup>

Klassikalise hankedirektiivi põhjendus jätab siiski paljuski hankija otsustada mida lugeda konkreetse hankelepingu täitmise puhul oluliseks ja mida mitte. Rahandusministeerium on selgitanud, et olulisuse või pidevuse sisustamisel on hankijal üsna vabad käed. Hankija võib olulisuse või pidevuse hindamisel lähtuda mis iganes mõistlikust kriteeriumist ning võib need kriteeriumid sätestada ka riigihanke alusdokumentides.<sup>87</sup> Näiteks võiks olla tegemist olulise hankelepingu rikkumisega, kui hankeping on sõlmitud koolimaja ehitamiseks või remonttöödeks, mis peab kindlasti olema valmis 01. septembriks, kuid pakkuja ei ole töid tähtaegselt üle andnud ning koolis ei saa 01. septembril õppetööd alustada.

Esimese eelduse sisustamise osas on VAKO hiljutises otsuses leidnud, et RHS § 95 lg 4 p 8 kohase olulise lepingurikkumisega on tegu näiteks siis, kui pakkuja ei ole töid hankijale tähtaegselt üle andnud, hankija on andnud pakkujale täiendava tähtaja kohustuste täitmiseks, kuid antud mõistliku tähtaja jooksul pole pakkuja puudusi kõrvaldanud.<sup>88</sup>

Oluliseks lepingurikkumiseks saab pidada sõltuvalt lepingu ja kohustuste iseloomust ka mitu eraldi võttes ebaolulist rikkumist, mida aga kogumis saab lugeda oluliseks.<sup>89</sup> Sama põhimõtet kordab eelnevalt toodud hankedirektiivi põhjendus 101. Põhimõte on väljendunud ka RHS § 95 lg 4 kõrvaldamise aluse esimese eelduse all, mille kohaselt võib rikkumine olla ka pidev. VAKO on hiljutises menetluspraktikas leidnud, et RHS § 95 lg 4 p 8 kohaselt saab näiteks pidevaks rikkumiseks lugeda olukorda, kus pakkuja oli ületanud tellimuse täitmise tähtaega hankijaga sõlmitud 19 erineva lepingu puhul ning mõne lepingu raames on tähtaega ületatud igal lepingu täitmise kuul. VAKO selgitas ka, et lepingute rikkumiste pidevuse kindlakstegemisel pole oluline kui suur on leppetrahv võrreldes lepingu kogumaksumusega.<sup>90</sup>

Oluline on, et olulise või pideva rikkumise mõiste tõlgendamisel tuleb lähtuda hankedirektiivide asjakohastest sätetest ja Euroopa Kohtu praktikast.<sup>91</sup> Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale on Euroopa Liidu õigus vastuolu korral siseriikliku õigusega ülimuslik.<sup>92</sup>

<sup>86</sup> Rahandusministeerium (viide 4) lk 19

<sup>87</sup> Rahandusministeerium (viide 4) lk 19

<sup>88</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 15.7

<sup>89</sup> Kõve, V. VÕS § 116 kommentaar - Varul, P. jt (toim). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016, lk 610

<sup>90</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 13

<sup>91</sup> Euroopa Kohtu otsus C-106/89 *Marleasing* p 8;

<sup>92</sup> Euroopa Kohtu otsus 6/64 *Costa*

Siseriiklikku õigust tuleb tõlgendada nii palju kui võimalik Euroopa Liidu õiguse sõnastust ja eesmärki arvestades<sup>93</sup>. Seega, tõlgendamisel võib aidata VÕS § 116 lg 2, aga seda ei saa kohaldada automaatselt ega absoluutselt. Samuti tuleb, nagu eelnevalt mainitud, olulise ja pideva rikkumise mõiste sisustamisel alati tõlgendada siseriiklikku õigust kooskõlas Euroopa Liidu õiguse ja hankedirektiividega.

Varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise teise eelduse kohaselt on hankija pidanud pakkuja suhtes rikkumise tulemusena kohaldama õiguskaitsevahendeid: hankija on lepingust taganenud, lepingu üles öelnud või hinda alandanud, ettevõtja on hüvitanud kahju või maksnud leppetrahvi. RHS § 124 ei piira hankija VÕS-st tulenevat õigust hankeleping üles öelda.<sup>94</sup> Oluline on, et õiguskaitsevahendite kohaldamine on lõppenud. Selle jaoks on kaks varianti. Esimese variandi puhul ei ole pakkuja hankija nõuet vaidlustanud ja pakkuja on nõustunud hankijapoolse õiguskaitsevahendi rakendamisega, näiteks maksnud vabatahtlikult leppetrahvi, hüvitanud kahju või aktsepteerinud lepingu ülesütlemist. Teise variandi puhul on pakkuja vaidlustanud hankija nõude ning selles osas on olemas jõustunud kohtuotsus. Juhul, kui pakkuja on vaidlustanud hankija nõude ja pooltevaheline vaidlus kohtus alles käib, ei ole võimalik pakkujapoolsele varasema hankelepingu rikkumisele käimasolevates hankemenetlustes tugineda, kuna kõrvaldamise aluse eeldused ei ole täidetud.

Varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise kolmanda eelduse kohaselt saab ettevõtja vabatahtlike kõrvaldamise aluste esinemisel hankemenetlusest kõrvaldada kui teo toimepanemisest või aluse esinemisest ei ole möödunud rohkem kui kolm aastat. Varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kolmanda eelduse sisustamisel tekib esmalt küsimus kas tähtaega hakatakse lugema pakkuja poolt toimunud rikkumisest või hankija poolt õiguskaitsevahendi rakendamisest. Rikkumine ja õiguskaitsevahendi rakendamine ei pruugi langeda ajaliselt kokku. On võimalik, et hankija on esitanud pakkujale leppetrahvi maksmise või kahju hüvitamise nõude, kuid on andnud maksmiseks tähtaja, aga kõrvaldamise aluse teise eelduse kohaselt peab pakkuja kahju hüvitanud olema või leppetrahvi ära maksnud. Samuti võib jääda väga suur vahe rikkumise ja õiguskaitsevahendi rakendamise vahele juhul, kui pakkuja on hankija nõude kohtus vaidlustanud.

---

<sup>93</sup> Lõhmus, U. Kuidas liikmesriigi kohtusüsteem tagab Euroopa Liidu õiguse tõhusa toime? *Juridica* 2007/3, lk 147.

<sup>94</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 23

Klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 7 kohaselt ei tohi kõrvaldamise periood vabatahtlike kõrvaldamise aluste osas olla pikem kui kolm aastat alates *asjaomase sündmuse* (rõhuasetus autori poolt) toimumise kuupäevast. Sue Arrowsmith'i arvamuse kohaselt võib see tähendada ühest küljest kuupäeva, millal teo toimepanemine toimus. Samas saab tema meelest ka argumenteerida, et see võiks tähendada hoopis kuupäeva, millal teo toimepanemine piisavalt kindlaks tehti ehk kohtuotsuse tegemise aeg pooltevahelise vaidluse korral.<sup>95</sup> Selle kohta on Saksamaa esitanud Euroopa Kohtule ka eelotsuseküsimuse, mille raames soovitakse teada kas asjaomase sündmuse all tuleb mõista hankedirektiivis loetletud kõrvaldamise aluste realiseerumise kuupäeva või on määrav kuupäev, mil hankija sai kõrvaldamise aluste olemasolust teada kindlate ja ümberlukkamatute tõendite põhjal.<sup>96</sup> Sätte tõlgendamisel tuleb seetõttu ära oodata Euroopa Kohtu eelotsus, kuna Euroopa Kohtu tõlgendus on liikmesriikide suhtes siduv, et tagada Euroopa Liidu õiguse ühetaoline toime igas riigis.<sup>97</sup>

Samuti tekib küsimus kuidas käituda varasema hankelepingute rikkumiste puhul, mis on toimunud enne uue riigihangete seaduse jõustumist 01.09.2017. a, millega kehtestati RHS § 95 lg 4 p 8 nimetatud regulatsioon. RHS peab olema kooskõlas nii Euroopa Liidu hankedirektiividega kui ka Eesti Vabariigi Põhiseadusega.<sup>98</sup> Ettevõtlusvabaduse tagamiseks on oluline, et RHS-s sisalduvad piirangud riigihangetel osalevate pakkujate suhtes oleksid põhjendatud ja proportsionaalsed.<sup>99</sup> Enne 01.09.2017 toimunud hankelepingu rikkumiste puhul on ühelt poolt võimalik argumenteerida, et sellise rikkumiste arvesse võtmine rikub põhiseaduse §-st 10 tulenevat ebasoodsa tagasiulatuva mõju keeldu.<sup>100</sup> Üldjuhul on lubamatu kehtestada õiguslikke tagajärgi juba minevikus tehtud tegudele.<sup>101</sup> Selle alusel võiks olla lubamatu ka pakkuja kõrvaldamine hankemenetlusest enne 01.09.2017 toimunud hankelepingute rikkumiste tõttu, kuna pakkujal polnud enne 01.09.2017 võimalik teada oma tegude tulevasi ebasoodsaid tagajärgi.

---

<sup>95</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1254

<sup>96</sup> Euroopa Kohus C-124/17 *Vossloh Laeis* Saksamaa eelotsusetaotlus 10.03.2017, Euroopa Kohtu kohtujurist esitab oma ettepaneku 16.05.2018

<sup>97</sup> Euroopa Kohtu otsus C-166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf* p 2; Ginter, Carri. 2.ptk sissejuhatus p 6.2.2. kommentaar - Kõve, V. jt. (toim.) Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2017 lk 131-132

<sup>98</sup> Eesti Vabariigi põhiseadus RT I, 15.05.2015, 2

<sup>99</sup> Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014 lk 22-23

<sup>100</sup> Ernits, M. Põhiseaduse § 10 kommentaar, komm. 30 - Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura 2017

<sup>101</sup> RKPJKo 3-4-1-27-13 p 61

Teiselt poolt on Riigikohus selgitanud, et seadusesättele tagasiulatuva jõu andmine ei ole iseenesest põhiseadusega vastuolus.<sup>102</sup> Samuti tuleb arvesse võtta, et Euroopa Liidu uued hankedirektiivid, sh klassikaline hankedirektiiv, jõustus 17.04.2014. Klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 p g osas jäeti liikmesriikidele kehtestada küsimus kas kehtestada kõnealune kõrvaldamise alus vabatahtliku või kohustusliku kõrvaldamise alusena, liikmesriikidel ei ole õigust jätta kõnealune kõrvaldamise alus üle võtmata või aluse kohaldamist piirata.<sup>103</sup> Samuti jäeti liikmesriikidele kehtestada art 57 rakendamise tingimused, sh kõrvaldamise periood, mis ei tohi klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 7 kohaselt olla pikem kui kolm aastat alates asjaomase sündmuse toimumise kuupäevast. Keskmisel mõistlikul pakkujal on alates 17.04.2014 olnud võimalik tutvuda klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 p g sõnastusega ning kohaldada oma käitumist vastavalt. Eesti seadusandja poolt kehtestatud kolmeaastane kõrvaldamise periood on kooskõlas direktiivi sättega ning keskmisel mõistlikul pakkujal ei ole saanud tekkida õiguspärast ootust, et Eesti seadusandja kehtestab lühema kõrvaldamise perioodi.

On vajalik märkida, et uued hankedirektiivid reguleerivad liikmesriikide kohustusi, kui hanke maksumus on võrdne või suurem rahvusvahelisest piirmäärast, seega on alla rahvusvahelist piirmäära jäävate hankelepingute sõlmimisel sätestatud kohustused siseriiklikku päritolu ning tingitud siseriiklikest vajadustest.<sup>104</sup> Arvestades, et enne 01.09.2017 kehtinud RHS-s<sup>105</sup> olid vanas hankedirektiivis nimetatud vabatahtlikud kõrvaldamise alused üle võetud kohustuslikena ka alla rahvusvahelist piirmäära jäävate hankelepingute osas, ei saanud keskmisel mõistlikul pakkujal tekkida õiguspärast ootust, et Eesti seadusandja jätab klassikalises hankedirektiivis sätestatud kõrvaldamise alused üle võtmata, kui hange ei ületa rahvusvahelist piirmäära. Samuti on pakkujal võimalik kasutada klassikalise hankedirektiiv art 57 lg 6 üle võetud RHS § 97 alusel heastamise meetmeid oma usaldusväärsuse taastamiseks, mille raames on võimalik hankijal jätta pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata, hoolimata sellest, et pakkuja on kõrvaldamise aluse olukorras.

Hiljutise VAKO vaidlustuse käigus on vaidustajad argumenteerinud, et enne 01.09.2017 ei saanud pakkujad arvestada, et nendepoolsed hankelepingu rikkumised võivad kaasa tuua muudes hankemenetlustes nende kõrvaldamise. Kõnealune norm on pakkujate õigusi oluliselt kitsendav ning seetõttu peaks RHS § 95 lg 4 p 8 saama kohaldada ainult üksnes nende

---

<sup>102</sup> RKPJKo 3-4-1-13-09 p 39

<sup>103</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1239

<sup>104</sup> Minumets, D., Kulm, P. (viide 99) lk 124

<sup>105</sup> Riigihangete seadus RT I, 25.10.2016, 20 (edaspidi: vana riigihangete seadus või vana RHS)

rikkumiste suhtes, mis on toime pandud alates 01.09.2017. Lisaks ei olnud varasemate rikkumiste suhtes pakkujatel RHS § 95 lg 4 p 8 sätestatud tagajärgede kohaldamist võimalik ette näha.<sup>106</sup> VAKO on kõnealuses lahendis selgitanud, et RHS § 187 lg 2 kohaselt ei saa VAKO jätta mõnda RHS-i sätet kohaldamata ning samuti puudub VAKO-l õigus algetada põhiseaduslikkuse järelevalvet.<sup>107</sup> Seega, kuni Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium ei ole otsustanud kas kõnealune säte on põhiseadusega vastuolus, peab enne 01.09.2017 toimunud varasemate hankelingu rikkumiste puhul kohaldama RHS § 95 lg 5, mille kohaselt on võimalik enne 01.09.2017 toimunud hankelingu rikkumisi võtta arvesse kui kõrvaldamise aluse esinemisest ei ole möödunud rohkem kui 3 aastat.

---

<sup>106</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 3.1.1. vaidlustaja seisukoht

<sup>107</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 9

## 2. RHS § 95 lg 4 p 8 kohaldamise menetlusõiguslik regulatsioon

### 2.1. Tõendamine

Kõrvaldamise aluste esinemist tuleb sisuliselt kontrollida eduka pakkumuse esitanud pakkujal, kuna hankijal on uue võimalusena õigus kasutada nn pööratud hankemenetlust.<sup>108</sup> Hankija ei pea enam teostama kõrvaldamise aluste sisulist kontrolli enne pakkumuse edukaks tunnistamist, vaid peab tulenevalt RHS § 104 lg-st 8 veenduma, et kõrvaldamise alused puuduvad eduka pakkuja puhul. Kui hankija peab vajalikuks, on hankijal võimalik jätkata ka tavapärase menetluskorraga ja kontrollida sisuliselt pakkujatel kõrvaldamise aluste puudumist.<sup>109</sup> Juhul, kui hankijal on kahtlus, et pakkuja on rikkunud varasemaid hankelepinguid, tuleb tal vastavad tõendid ise koguda.

Klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 5 RHS-i ülevõetud § 104 lg 7 kohaselt on hankijal õigus kontrollida kõrvaldamise aluste puudumist kogu riigihanke vältel ning kõrvaldada ettevõtja hankemenetlusest igal hetkel hankemenetluse kestel, kui selgub, et pakkuja suhtes esineb mõni kõrvaldamise alus. Selline uus menetlusreeglite selgitus hankedirektiivis ja RHS-s annab hankijatele selge loa kõrvaldada pakkujaid ka hankemenetluse viimastes etappides ning elimineerib eos pakkujate nõuded, et neid oleks pidanud kõrvaldama hankemenetlusest menetluse alguses, tuginedes õiguspärase ootuse printsiibile. On tõenäoline, et uus menetlusreegel tekitab olulisi juridiilisi vaidlusi testimaks sätte kehtivust võrdse kohtlemise, õiguspärase ootuse ja õiguskindluse põhimõtete valguses.<sup>110</sup>

Klassikaline hankedirektiiv ei viita varasema hankelepingu kui kõrvaldamise aluse puhul, erinevalt art 57 lg 4 p-des a, c ja d kehtestatud vabatahtlikust kõrvaldamise alusest, kes peab tõendama kõrvaldamise aluse olemasolu ning milliste vahendite või andmete abil. Klassikaline hankedirektiiv jätab art 57 lg 7 alusel kõrvaldamise aluse rakendamise tingimuste kehtestamise liikmesriigi kohustuseks. Klassikaline hankedirektiiv märgib küll milliste tõendite esitamist võib hankija pakkujalt nõuda, et tõendada kõrvaldamise aluste puudumist ning sätestab, et hankija ei tohi nõuda muude kui hankedirektiivi artiklites 60 ja 62 osutatud tõendusmaterjali esitamist. Klassikalise hankedirektiivi art 60 üle võtnud RHS § 96 lg 2 kohaselt võib hankija pakkujalt nõuda ainult karistusregistri teadet RHS § 95 lg 1 p 1-3

<sup>108</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 95

<sup>109</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 95

<sup>110</sup> Sanchez-Graells, A. (viide 47) lk 100-101

asjaolude puudumise osas või pakkuja asukohariigi pädeva ametiasutuse tõendit RHS § 95 lg 1 p 4 ja lg 4 p 1, 3 nimetatud asjaolude kohta. Hankijal ei ole pakkujalt lubatud nõuda mitte mingisuguste muude tõendite, dokumentide või muu tõendusmaterjali esitamist, et tõendada kõrvaldamise aluste puudumist. Saab järeldada, et kui hankija tahab rakendada varasema hankelepingu rikkumist kui vabatahtlikku kõrvaldamise alust, peab hankija ise tõendusmaterjali leidma. Seda kinnitab ka RHS § 96 lg 4, mis sätestab, et hankija võib ettevõtja kõrvaldada, kui ta suudab mis tahes viisil tõendada pakkuja või taotleja kõrvaldamise aluste olemasolu. Järelikult on seadusandja pannud tõendamiskoormuse hankijale. RHS sätestab, et varasema hankelepingu rikkumise tõendamine võib toimuda "mis tahes viisil". Niivõrd lai alus jätab väga palju ruumi erinevateks tõlgendusteks ning vaidlusteks.

Pakkujal ja taotlejal on hankemenetluses RHS §§ 52 lg 1, § 58 lg 1, § 64 lg 1 ja § 68 lg 1 sätestatud kohustus avatud hankemenetluses, piiratud hankemenetluses, innovatsioonipartnerluses, võistlevas dialoogis ja konkurentsipõhises läbirääkimistega hankemenetluses alates riigihanke piirmäärast koos pakkumuse või hankemenetluses osalemise taotlusega esitada RHS § 104 kohane hankepass. Lihthankemenetluses, väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses, ideekonkursil, kontsessioonilepingu sõlmimise menetluses, sotsiaal- ja eriteenuste erimenetluses on hankepassi kasutamine vabatahtlik. Avaliku sektori võrgustikusektori hankijal on kohustus kasutada hankepassi RHS § 161 lg 2 kohaselt. Kui võrgustikusektori hankija ei ole avaliku sektori hankija, on hankepassi kasutamine RHS § 161 lg 1 alusel vabatahtlik.<sup>111</sup> Hankepass on dokument, milles ettevõtja muuhulgas kinnitab kõrvaldamise aluste esinemist või puudumist. RHS § 104 lg 1 kohaselt on hankepass esialgne tõend pakkuja või taotleja suhtes kõrvaldamise aluste puudumise kohta. Hankepassis peab pakkuja või taotleja RHS § 104 lg 2 p 1 alusel kinnitama, et tal ei esine ühtegi kohustusliku või vabatahtliku kõrvaldamise alust, sh ta ei ole rikkunud varasemaid hankelepinguid RHS § 95 lg 4 p 8 näidatud tingimustel. Juhul, kui hankijal on siiski kahtlus, et pakkuja on rikkunud varasemaid hankelepinguid, tuleb tal vastavad tõendid ise koguda.

Tõendamisel on kindlasti eelisolukorras hankijad, kelle varasemates hankemenetlustes on toimunud lepingurikkumisi, mis kvalifitseeruvad varasema hankelepingu rikkumiseks vabatahtliku kõrvaldamise aluse tähenduses. Nii mõnedki hankijad on varasemalt pidanud

---

<sup>111</sup> Rahandusministeerium (viide 4) lk 5



korduvalt<sup>112</sup> sama pakkujaga sõlmitud hankelepingutes kohaldama õiguskaitsevahendeid. Hinnates nüüd varasemat lepingurikkumist ning kasutatud õiguskaitsevahendeid hankedirektiivi ja RHS art 95 lg 4 valguses, on võimalik probleemsed pakkujad tõenäoliselt hankemenetlustest kõrvaldada ning hankijal on lepingurikkumise jaoks olemas kõik tõendid - varasem kommunikatsioon pakkujaga, nõudekirjad, taganemisavaldused jms. Kadri Härginen ja Mari Ann Simovart on soovitanud hankijatel kõnealuse kõrvaldamise alusega oma sisemises töökorralduses arvestada ning luua hankelepingu täitmise kontrollimiseks teatud töökorralduslikud põhimõtted. Näiteks võiks kohustada hankelepingu täitmist kontrollivaid töötajaid fikseerima ja käsitlema probleeme piisava detailsusega, et järgnevides hankemenetlustes oleks võimalik probleemne ettevõtja vajaduse korral kõrvaldada.<sup>113</sup>

Keerulisem on kõrvaldamise aluse olemasolu tõendamine kindlasti hankijatel, kellel ei ole varasemat hankelepingut potentsiaalselt probleemse pakkujaga või on potentsiaalse probleemse pakkujaga varasemalt sõlmitud hankelepingu raames küll olnud probleeme, kuid hankija ei ole mis tahes põhjustel rakendanud pakkuja osas õiguskaitsevahendeid, näiteks on lepingu lõpetatud pooltevahelise kokkuleppega. Sellisel juhul kerkivad küsimused kas potentsiaalne probleemne pakkuja on varasemalt rikkunud mõnda hankelepingut mõne teise hankijaga ning kui on, siis kuidas sellist rikkumist tõendada. Ühe võimalusena on pakkujal võimalik teha otsing Riigihangete registris (edaspidi register).

RHS § 83 lg 7 p 3 kohaselt tuleb hankijal 30 päeva jooksul peale hankelepingu lõppemist registrile esitada teave ettevõtjapoolsete hankelepingu rikkumiste kohta, mille tulemusena on kohaldatud RHS § 95 lõike 4 punktis 8 nimetatud õiguskaitsevahendit (lepingust on taganatud või leping üles öeldud, hinda alandatud, hüvitatud kahju või makstud leppetrahvi) ning teave selle kohta, kas hankija nõue on vaidlustatud. Enne 01.09.2017 esitasid hankijad hankelepingu sõlmimise järgselt registrisse riigihanke aruande lisa, kuhu lisati hankelepingu muudatused ja nende põhjendused. Alates 01.09.2017 riigihanke aruande lisa enam ei kasutata ning lepingu lõpetamise andmed, sh lepingurikkumised, mille tulemusena on kasutatud õiguskaitsevahendeid, kantakse ainult registri rakendusse.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Näiteks Tallinna Haridusamet on Riito Ehituse AS-ga (registrikood 11903308) sõlmitud hankelepingute osas viis korda rakendanud õiguskaitsevahendeid - riigihanked viitenumbri 167399 (ühispakkumus koos OÜ-ga Facio), 173678 (ühispakkumus koos OÜ-ga Facio ja Eviko Ehitus OÜ-ga), 171316 (ühispakkumus koos Eviko Ehitus OÜ-ga), 167154 ja 138445 (ühispakkumus koos Facio OÜ-ga)

<sup>113</sup> Härginen, K., Simovart, M.A. (viide 6) lk 628

<sup>114</sup> Rahandusministeerium, Riigihangete registri muudatused, versioon 3.0 24.08.2017 lk 2, 4, arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files\\_force/document\\_files/erhri\\_versioon\\_3.0\\_tootes\\_1.09.2017.pdf?download=1](https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/erhri_versioon_3.0_tootes_1.09.2017.pdf?download=1) (20.04.2018)

Kui hankija on eelpool nimetatud info registris esitanud, on ka anonüümsel kasutajal võimalik info registrist kätte saada, seega on hankija poolt esitatud info varasema hankelepingu rikkumiste kohta avalik ning teoorias on kõigil hankijatel võimalus kasutada registris olevat infot analüüsima kas pakkuja on rikkunud varasemat hankelepingut. RHS kehtestamise aluseks olevas seaduseelnõus on selgitatud, et hankelepingu rikkumiste registris märkimise eesmärgiks on RHS § 95 lg 4 p 8 täitmise hõlbustamine, mis annab hankijale informatsiooni hankelepinguid pidevalt või oluliselt rikkunud ettevõtjate kõrvaldamiseks.<sup>115</sup> Magistritöö kontrollib järgnevalt kas seadusandja on seadusega sätestatud eesmärgi täitnud ning kas hankijal on võimalik leida informatsiooni ebausaldusväärsete pakkuja poolt varasemalt rikutud hankelepingute kohta.

Esmapilgul ei ole vastava info leidmine registrist väga lihtne. Huvitatud isikul tuleb avada hankemenetluse üldandmete leht ja vasakult poolt tulbast leida alapeatükk "lepingud". Kui leping on sõlmitud ja hankija on info registrile esitanud on lehel näha andmed sõlmitud hankelepingu kohta - nimetus, pakkuja, kaaspakkujad, hanke maksumus. Kui hankeleping on lõppenud, siis ka hankelepingu tegelik maksumus. Peale vaadates tundub, et kogu info oleks nagu olemas, aga infot lepingurikkumiste ja õiguskaitsevahendite rakendamise kohta mitte. Selle info leidmiseks tuleb leida lepingu kõrvalt paremalt poolt väike märk paberi ja pliiatsiga, millele vajutades avaneb uus lehekülg lepingu andmete kohta, kus on kirjas ka lepingu lõpetamise andmed, kui need on hankija poolt esitatud. On tõenäoline, et huvitatud isikutel, kes ei ole hankemenetluse protsessiga väga hästi kursis ja ei ole ise hankemenetlusi läbi viinud või neis osalenud, jääb antud lehekülg avastamata, kuna nupp andmete avamiseks on väike ning ühtegi viidet ei ole kust ja kas üldse info lepingu lõpetamise andmete kohta registris olemas on. Ajakirjanduses on leidnud kajastamist, et ka hankijad ei tea, et registrist on võimalik leida infot ettevõtja varasema hankelepingu rikkumist kohta.<sup>116</sup>

Registrist lepingu lõpetamise kohta andmete otsimise suureks murekohaks on ka see, et registrist ei saa teha eraldi otsingut lepingute kohta, mille puhul on hankijad rakendanud õiguskaitsevahendeid. Ühe võimaliku viisina on hankijal võimalus teha manuaalne otsing registris kõikide teostatud hangete kohta ning üksikshaaval läbi vaadata iga hankelepingu lõpetamise kohta esitatud info. Taolise lähenemise suureks miinuseks on suur ajakulu. Näiteks on perioodil 01.09.2017 kuni 29.03.2018 avaldatud hangetest teostatud 367 hanget, mille kohta on andmete olemasolu korral võimalus saada teavet hankijapoolsete

<sup>115</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 72

<sup>116</sup> Rudi, H. Vallaametnikud panid skeemitava ehtusfirma paika. Postimees 17.12.2017 - arvutivõrgus: <https://majandus24.postimees.ee/4341737/vallaametnikud-panid-skeemitava-ehitusfirma-paika> (20.04.2018)

õiguskaitsevahendite kasutamise kohta. Sellise hulga hangete ükshaaval läbi vaatamine võtab tunde ning kasvatab oluliselt hankija halduskoormust. Tuleb märkida, et läbi vaadatud 367 hankest on hankija poolt kommentaar õiguskaitsevahendite kohaldamise kohta esitatud 13<sup>117</sup> korral, millest vähemalt viiel korral nähtub hankija poolt edastatud infost, et tegu ei ole hankija poolt õiguskaitsevahendi rakendamisega. Hankijad on lahtrisse kirjutanud näiteks "ei olnud"<sup>118</sup>, "ei muutunud"<sup>119</sup>, "seadmed vastu võetud ja akt allkirjastatud"<sup>120</sup>, "lepingu täpsustamise pärast lõpetati leping ning sõlmiti uus leping hanke võitjaga"<sup>121</sup>. Ühel juhul märgiti, et hoopis töövõtja on lepingust taganenud.<sup>122</sup> Ülejäänud kaheksa hankelepingu lõpetamise puhul jääb õhku võimalus, et lepingut on tõepoolest rikutud ja õiguskaitsevahendeid on kasutatud, kuid ainuüksi info leppetrahvi<sup>123</sup> või viivise<sup>124</sup> suuruse või lepingu lõpetamise<sup>125</sup> kohta ei anna piisavalt teadmisi selle kohta kas infot saaks kasutada ka käimasolevas hankemenetluses pakkuja kõrvaldamiseks varasema hankelepingu rikkumise tõttu.

Eelpool nimetatud perioodi hankeid vaadates jääb silma, et mõningate hangete<sup>126</sup> puhul on info varasema hankelepingu rikkumise kohta esitatatud menetluse liigi selgituse all, kus on põhjendatud miks hankija viib hanke läbi väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusega. Registrist eraldi otsingut menetluse liigi põhjenduse kohta teha ei saa - ainuke võimalus on valida registri otsingus menetluse liigiks väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlus ning tulemused ükshaaval läbi käia. Kui valida otsinguperioodiks 3-aastane periood 30.03.2015 kuni 29.03.2018, näitab register, et sel perioodil on hankijad läbi viinud 1587 väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust, millest teostatud on 792 hanget. Ei ole mõeldav kõigi nende hangete üksikasjalik kontrollimine kas hankijad on õiguskaitsevahendeid rakendanud.

RHS § 83 lg 7 p 3, mille kohaselt tuleb hankijal peale hankelepingu lõppemist registrile esitada teave ettevõtjapoolsete hankelepingu rikkumiste kohta, mille tulemusena on kohaldatud RHS § 95 lõike 4 punktis 8 nimetatud õiguskaitsevahendit, jõustus tulenevalt RHS

---

<sup>117</sup> riigihanked viitenumbri 191033, 191016, 190898, 190937, 192810, 191855, 19603, 191498, 191521, 190889, 190872, 191680, 191024

<sup>118</sup> riigihange viitenumbri 190889

<sup>119</sup> riigihange viitenumbri 190872

<sup>120</sup> riigihange viitenumbri 191024

<sup>121</sup> riigihange viitenumbri 191680

<sup>122</sup> riigihange viitenumbri 191855

<sup>123</sup> riigihanked viitenumbritega 191603, 191521

<sup>124</sup> riigihanked viitenumbritega 190898, 192810

<sup>125</sup> riigihanked viitenumbritega 190937, 191016

<sup>126</sup> riigihange viitenumbri 191304

§ 219 lg-st 1 ja § 238 lg-st 1 01.09.2017. See tähendab, et kui hankija on alustanud hankemenetlust enne 01.09.2017, kuid leping lõpeb peale 01.09.2017 on hankijal kohustus vastavad andmed registrile edastada. Võimatu on aga teha kõikehõlmavat otsingut registris, kuna pole võimalik teada mitu aastat tagasi on alustatud hankemenetlust näiteks 02.09.2017 lõppenud hankelepingu puhul. Näiteks on tavaline, et hankijad teevad hankemenetluse investeerimislaenu võtmiseks - selliste lepingute puhul on tähtajad pikad, mõningate pikaajaliste laenude puhul isegi kolmkümmend aastat.<sup>127</sup> Lepingud loetakse sellisel juhul teostatuks ning hankija kohustus esitada registrile andmed hankelepingu rikkumiste kohta tekib alles lepingu tähtaja lõppemisel - eelneva näite puhul lõppeb 2007. aastal sõlmitud hankeleping alles 2038. aastal. Seetõttu on võimatu teha registri otsingut kasutades vaid hanke avaldamise kuupäeva.

Hankijal on võimalik registrist otsida ka hankeid, kus pakkuja on varasemalt eduka pakkumuse teinud ning eeldatavalt on pakkujaga sellisel juhul ka hankeleping sõlmitud, mille kohta võiks saada mingit infot. Magistritöö vaatab näitena gruppi ettevõtjaid - OÜ Facio<sup>128</sup>, Riito Ehituse AS<sup>129</sup> ja Eviko Ehitus OÜ<sup>130</sup>. Nimetatud ettevõtjad esitavad tihti ühispakkumusi<sup>131</sup> ning on üksteisega seotud ettevõtted<sup>132</sup>. Ettevõtted on kokku esitanud riigihankemenetlustes 71 edukat pakkumust, millest 58 on registris märgitud kui teostatud. Vaadates registris märkega "teostatud" riigihankeid, nähtub hankijate kommentaaridest, et hankelepingu täitmisel on probleeme esinenud 20 hanke puhul. Hankijad on rakendanud õiguskaitsevahenditest leppetrahve<sup>133</sup>, taganemist<sup>134</sup>, sisse on nõutud tähtaja ületamisega seotud kulusid<sup>135</sup>. Hankijate kommentaare tõlgendades on tõenäoliselt alandatud ka hinda<sup>136</sup>. Mitmetes hangetes on jäetud õiguskaitsevahendid kohaldamata, kuid lepingu tähtaja pikenemise korral on märgitud, et tähtaeg on pikenenud töövõtjast tuleneval põhjusel<sup>137</sup>. Tuleb kindlasti rõhutada, et registris olev info õiguskaitsevahendite kohta on sisestatud hankijate poolt ning ei saa garanteerida registris olevate andmete õigsust. Teades, et näitena toodud grupi ettevõtjatel on probleeme esinenud 20 hanke puhul, annab see ettevõtja

---

<sup>127</sup> riigihange viitenumbri 036797

<sup>128</sup> registrikood 10305338

<sup>129</sup> registrikood 11903308

<sup>130</sup> registrikood 11466472, endise nimega SAND Ehitus OÜ

<sup>131</sup> näiteks riigihanked viitenumbri 18833, 173678, 181016, 176721, 167399, 143017

<sup>132</sup> OÜ Facio on Riito Ehituse AS-i asutaja, Eviko Ehituse OÜ asutaja ja juhatuse liige Erik Liiv on olnud Riito Ehituse AS-i aktsionär ja juhatuse liige ning on 29.03.2018 seisuga OÜ Facio osanik. Riito Ehituse juhatuse liige ja üks aktsionäridest Toomas Tromp on OÜ Facio juhatuse liige.

<sup>133</sup> näiteks riigihanked viitenumbri 173678, 176721, 176510, 171316, 157209

<sup>134</sup> näiteks riigihanked viitenumbri 181333, 172361, 171391, 128788

<sup>135</sup> näiteks riigihanked viitenumbri 166866, 157209

<sup>136</sup> näiteks riigihanked viitenumbri 167399, 167154

<sup>137</sup> näiteks riigihanked viitenumbri 181016, 158105, 141374

kõrvaldamist soovivale hankijale võimaluse pöörduda vastavaid hankeid läbi viinud hankijate poole ning kontrollida kas tõepoolest on kõnealune ettevõtja rikkunud varasema hankelepingu olulist nõuet ning kas hankija on rakendanud ka seaduses sätestatud õiguskaitsevahendeid. Kahjuks nähtub, et registris leiduv informatsioon on niivõrd raskelt leitav, et ka registrit kasutavad hankijad ei leia andmeid ettevõtja varasemate hankelepingu rikkumiste kohta üles ning info saamiseks pöörduakse telefoni teel teiste hankijate poole uurimaks kas kellelgi on kokkupuudet kõnealuse ettevõtjaga.<sup>138</sup>

RHS seaduse eelnõu kohaselt ei ole hankelepingu rikkumise märkel registris õiguslikku tähendust, st selle alusel ei saa teine hankija asuda automaatselt ettevõtjat kõrvaldama, ent see annab hankijale informatsiooni, mis hõlbustab hankelepinguid pidevalt või oluliselt rikkunud ettevõtjate kõrvaldamist.<sup>139</sup> RHS § 96 lg 4 lubab küll kõrvaldamise aluse olemasolu mis tahes viisil tõendada, kuid hankijate märged registris õiguskaitsevahendite kohaldamise kohta on üsna napid, sealt ei ole võimalik teha järeldusi kas näiteks leppetrahvi kohaldamise tõi kaasa lepingu olulise nõude täitmata jätmine või lepingulise kõrvalkohustuse täitmata jätmine. On võimalik olukord, kus lepingus on teatud kohustuste rikkumiseks ette nähtud väga suured leppetrahvid, kuid tegemist ei ole lepingu olulise nõude rikkumisega või pole puudujääk tõsine või pidev. Samuti on võimalik vastupidine olukord - lepingus on ette nähtud väga väike leppetrahv, kuid tegemist on lepingu mõistes olulise nõude rikkumisega, mis puhul on võimalik rääkida ka järgnevatest hankemenetlustest kõrvaldamisest. Seega on tõepoolest registrimärkel ainult informatiivne tähendus ning ainuüksi registris olevate andmete alusel ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldamine võimalik ei ole.

Registri otsingu kaudu saadav info omab olulist tähtsust hankija esimese küsimuse puhul - kas potentsiaalselt probleemne pakkuja on üldse mõnda varasemat hankelepingut rikkunud. Saades registri otsingu kaudu jaatava vastuse, on korrektne pöörduda vastava hankemenetluse läbiviinud hankija poole ning paluda abi, informatsiooni ja täpsustusi selle kohta kas tõepoolest on potentsiaalselt probleemne pakkuja rikkunud varasema hankelepingu olulist nõuet ning kas hankija on rakendanud ka seaduses sätestatud õiguskaitsevahendeid. Arvestades aga, et RHS kehtestamise aluseks olevas seaduseelnõus on selgitatud, et hankelepingu rikkumiste registris märkimise eesmärgiks on RHS § 95 lg 4 p 8 täitmise hõlbustamine<sup>140</sup>, ei ole autori hinnangul registri lahendus eesmärki täitnud. Hankijate jaoks on

---

<sup>138</sup> Rudi, H. (viide 116)

<sup>139</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 72

<sup>140</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 72

info leidmine keeruline, aeganõudev ning tundub, et paljud hankija ei teagi, et selline info registris olemas on.<sup>141</sup>

Rahandusministeerium plaanib kasutajateni tuua uue riigihangete registri. Esimene etapp on plaanitud juurutada hiljemalt 2018. aasta lõpuks ja teine arendusetapp 2019 aasta lõpus.<sup>142</sup> Rahandusministeeriumi poolt avalikustatud materjalidest nähtub, et uues registris on võimalik otsida lepinguid hankest sõltumatuna. Otsingu parameetreid avalikustatud dokumentidest ei nähtu, kuid märgitud on, et lepingute otsing peaks muu hulgas olema orienteeritud ka täidetud lepingute statistikale.<sup>143</sup> Magistritöö autor loodab, et registri valmimisel on mõeldud eelpool toodud registris tehtava otsingu puudustele ning lepingute otsimine, mille raames on hankijad rakendanud õiguskaitsevahendeid, muutub lihtsasti kättesaadavaks igale huvitatud isikule. Taoliste lepingute otsimise võimalus võimaldaks täita seadusandja poolt seatud eesmärgid ning võimaldaks hankemenetlusest kõrvaldada ebausaldusväärsed ettevõtjad, kelle käsutusse ei mõeldav usaldada avalikke ressursse.

Eelpool nimetatud info tegeleb hankelepingu rikkumiste tõendamisega ja tõendite leidmisega hankemenetlustes, mis on toimunud eesti hankijaga sõlmitud hankelepingu raames. Hankedirektiiv ja RHS ei sea piire, et varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse rakendamise jaoks peab rikkumine toimuma just siseriikliku hankija juures. Seega on võimalik kõrvaldamise alust rakendada ka piiriüleste pakkujate suhtes, kui hankija kuskilt sellekohase info leiab. Ühendkuningriigis on süsteem, kus hankijad peavad raporteerima ja liigitama pakkujate viimase kolme aasta lepingu täitmise.<sup>144</sup> Kuigi süsteem on loodud eelkõige kvalifitseerimistingimuste rakendamiseks, viidatakse dokumendis ka varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise võimalusele.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> Rudi, H. (viide 116)

<sup>142</sup> Rahandusministeerium. Projekti „Täieliku e-riigihangete võimekuse loomine“ teekaart, 2017, lk 2 - arvutivõrgus:  
[https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete\\_poliitika/register/rhr\\_teekaart\\_taiend\\_10.17.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/register/rhr_teekaart_taiend_10.17.pdf) (20.04.2018)

<sup>143</sup> Datel AS. Täieliku e-hangete võimekuse loomine. Eelanalüüs, 2016 lk 92 - arvutivõrgus:  
[https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete\\_poliitika/register/rhr\\_eelanaluus\\_1.0.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/register/rhr_eelanaluus_1.0.pdf) (20.04.2018)

<sup>144</sup> Piga, G., Tatria, T. (viide 54) lk 4

<sup>145</sup> Crown Commercial Service, Procurement Policy Note 04/15: Taking Account of Suppliers' Part Performance, 25.03.2015, lk 1-2, 5 arvutivõrgus:  
[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/417211/PPN04-15\\_Supplier\\_Past\\_Performance\\_.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417211/PPN04-15_Supplier_Past_Performance_.pdf) (20.04.2018)

Leedus on loodud nn must nimekiri<sup>146</sup> ebausaldusväärsetest ettevõtjatest, kes on rikkunud varasema hankelepingut või esitanud Hankemenetluse käigus valeandmeid.<sup>147</sup> Nimekiri on avalik ning kõigile kättesaadav. Avalikult on nähtav ettevõtte registrikood, kuidas ettevõtja hankelepingut rikkus ja kuupäev, millest alates arvestatakse ettevõtja kolme aasta pikkust ebausaldusväärsete ettevõtjate ehk nn mustas nimekirjas olemise aega. Samuti on lisatud kinnitavad dokumendid, mis on nagu ka kogu muu info, ainult leedukeelne. Nn musta nimekirja võib kasutada erinevatel eesmärkidel. Ettevõtja lisamine musta nimekirja võib olla karistus ebasoovivate tegude eest. Samuti võib musta nimekirja loomine suurendada Hankemenetluse protsessi läbipaistvust.<sup>148</sup> Ka ainuüksi musta nimekirja sattumise ja sellega kaasneva negatiivse maine oht hoiab pakkujaid eemale õigusrikkumisest.<sup>149</sup> Varasema hankelepingu rikkumise tõttu ettevõtja musta nimekirja lisamise eesmärgiks on kaitsta hankijaid pakkuja eest, kes ei suuda hankelepinguid korralikult täita. Selletõttu on Leedu ebausaldusväärsete ettevõtjate nn must nimekiri avalikult kõigile kättesaadav ning leedu hankijatel on hankedokumentides õigus määrata, et iga nn mustas nimekirjas olev ettevõtja kõrvaldatakse Hankemenetlusest.<sup>150</sup>

Musta nimekirja kasutamine toob Hankemenetlusesse läbipaistvust, kuna avalikkusel, sh hankijatel, on võimalik tutvuda ettevõtjatega, kes ei ole varasemate hankelepingute täitmisel üles näidanud piisavat usaldusväärsust. Musta nimekirja olemasolul on hankijatel lihtne üles leida need ebausaldusväärsed pakkujad, kellele ei tohiks saada osa avalikust ressursist. Probleemne võib musta nimekirja puhul olla sinna ettevõtjate lisamine ning samuti selle vaidlustamine, kui pakkuja enda nimekirja lisamisega nõus ei ole. Kuna pakkuja nimi on musta nimekirja puhul avalikult kõigile nähtaval ning pakkuja mainekahju võib olla suur, tuleb nimekirja lisamise puhul erilist tähelepanu pöörata proportsionaalsusele. Ühest küljest võiks musta nimekirja kasutamine olla isegi proportsionaalne, kui mustas nimekirjas olevatel ettevõtetel on võimalik kasutada heastamismeetmeid oma usaldusväärsuse taastamiseks. Teisest küljest peab musta nimekirja lisamise otsus olema põhjendatud ning otsuses tuleb arvesse võtta pakkuja hankelepingu rikkumise olulisust. Musta nimekirja lisamine on õigustatud kui kohus või vaideorgan on tuvastanud hankelepingu rikkumise olulisuse ja asjas

<sup>146</sup> arvutivõrgus <http://vpt.lrv.lt/lt/kiti-duomenys/nepatikimu-tiekeju-sarasas>

<sup>147</sup> Leedu riigihangete seadus. (viide 56) art 52

<sup>148</sup> Transparency International. Blacklisting in Public Procurement, 2013, lk 2 - arvutivõrgus: [https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Blacklisting\\_in\\_public\\_procurement.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Blacklisting_in_public_procurement.pdf) (20.04.2018)

<sup>149</sup> Majtan, R. The self-cleaning dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. - George Washington International Law Review. 2013, Vol. 46 Issue 2, lk 293

<sup>150</sup> Kenstavičius, D. Blacklisting due to poor past performance in Lithuanian Public Procurement. - Social Transformations in Contemporary Society 2016 (4), lk 33-34

on jõustunud kohtu- või vaideotsus . Autor on seisukohal, et kui jõustunud kohtu- või vaideotsus puudub ning ainult musta nimekirja alusel on hankijatel õigus teha tulevastes hankemenetlustes otsus ettevõtja kõrvaldamise kohta, ei saa olla õigustatud ettevõtja musta nimekirja lisamine ainuüksi hankija põhjendatud otsuse alusel. Hankijate pädevus otsuste põhjendamisel on ebaühtlane, seega võib taoline ettevõtja musta nimekirja lisamine luua ebaühtlast kohaldamispraktikat ning viia ettevõtjate ebavõrdse kohtlemiseni.

Eesti hankijal, kes on leidnud piiriülese pakkuja Leedu ebausaldusväärsete ettevõtjate nn mustast nimekirjast, ei ole õigust ebausaldusväärne ettevõtja automaatselt hankemenetlusest kõrvaldada, olgugi, et näiliselt on kõik kõrvaldamiseks vajalikud tõendid avalikult olemas. Hankija põhjendamiskohustust kõrvaldamisotsuse tegemisel selgitatakse pikemalt magistritöö järgmises peatükis.

## 2.2. Hankija põhjendamiskohustus

Käesolev peatükk annab ülevaate hankija põhjendamiskohustusest. Riigikohus on oma praktikas leidnud, et hankedokumendid on haldusmenetluse seaduse<sup>151</sup> § 52 lg 1 p 2 mõttes eelhaldusaktiks, millega määratakse hankija ja pakkujate jaoks siduvalt kindlaks pakkumuste esitamise nõuded, kvalifitseerimistingimused ja esitatud pakkumuste võrdlemise tingimused.<sup>152</sup> HMS § 52 lg 1 p 2 kohaselt võib haldusorgan enne asja lõplikku lahendamist teha õiguslikult siduvalt kindlaks asja lõplikul lahendamisel tähtsust omava asjaolu ning anda välja eelhaldusakti. HMS § 52 lg 2 järgi kohaldatakse eelhaldusakti suhtes haldusakti sätteid. Riigikohus on selgitanud, et kuni hankedokumente ei ole täielikult või osaliselt kehtetuks tunnistatud, on need kehtivad ning nii hankija kui ka pakkuja peavad neis sätestatud nõuetest lähtuma.<sup>153</sup> Seega, kui isik ei ole õigeaegselt tema õigusi piiravat hanketingimust vaidlustanud, ei saa ta hankija hilisemate otsuste vaidlustamisel tugineda tingimuse õigusvastasusele.<sup>154</sup> Seaduses sätestatud kõrvaldamise alused, sealhulgas vabatahtlikud kõrvaldamise alused, ei ole näidatud hanke alusdokumentides. Küll on VAKO möönud, et lihthanget läbi viies võib põhimõtteliselt RHS-is nimetamata hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid kehtestada. Juhul, kui hankija on täiendava kõrvaldamise aluse hanke

---

<sup>151</sup> Haldusmenetluse seadus, RT I, 28.12.2017, 21 (edaspidi HMS)

<sup>152</sup> RKHKo 3-3-1-99-09 p 16; RKHKm 3-3-1-30-12 p 12

<sup>153</sup> RKHKo 3-3-1-99-09 p 16

<sup>154</sup> TlnRnKHKo 3-12-2670 p 10



alusdokumentides kehtestanud, on võimalik see täiendav menetlusest kõrvaldamise alus vaidlustada.<sup>155</sup>

RHS § 95 lg-s 4 sätestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste esinemise korral on hankijal õigus, aga mitte kohustus pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada. Hankijal on kõrvaldamise aluse rakendamise korral kaalutusõigus. Pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse tegemisel peab tulenevalt klassikalise hankedirektiivi art 18 lg 1 ja RHS § 3 p 1 hankija alati silmas pidama riigihankeõiguse üldpõhimõtteid: võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse printsiipe. RHS § 96 lg 5 kohaselt on hankijal kohustus pakkuja või taotleja hankemenetlusest kõrvaldamisel teha põhjendatud kirjalik otsus. Hankija otsus peab olema põhjendatud ja kontrollitav, hankija ei tohi tugineda pelgalt oletustele.<sup>156</sup>

Riigihankemenetlus ei ole HMS § 2 lg 2 kohaselt haldusmenetlus, kuid kõrvaldamise otsust peab põhjendama analoogiliselt<sup>157</sup> HMS § 56 lg-ga 1, mille kohaselt esitatakse haldusakti põhjendus haldusaktis või menetlusosalisele kättesaadavas dokumendis, millele on haldusaktis viidatud. Viitamise võimalus on mõeldud kasutamiseks olukordades, kus otsuse põhjendustes tuleks korrata teistes kättesaadavates dokumentides juba esitatud detailset informatsiooni. Kui põhjenduste esitamine otsuses tervikuna on ebaproportsionaalselt mahukas, tuleb otsuses sellele vaatamata vähemalt ära tuua põhimotiivid. Diskretsiooniotsuse põhikaalutlused ei saa reeglina sisalduda üheski varasemas dokumendis, sest iga diskretsiooniotsus on eriline ja ainukordne. Kirjaliku motiveerimise eesmärk ei ole ainult tagantjärele otsuse kontrollimine, vaid ka haldusorgani enesekontrolli tagamine. Just kaalutusotsuse tegemisel sunnib kirjaliku põhjendamise nõue haldusorganit otsuse positiivseid ja negatiivseid mõjusid ning tehtavat valikut põhjalikumalt läbi mõtlema.<sup>158</sup>

Tulenevalt HMS § 56 lg-st 2 tuleb haldusakti põhjenduses märkida haldusakti andmise faktiline ja õiguslik alus. Kui haldusakt on antud kaalutusõiguse alusel, siis tulenevalt HMS § 56 lg-st 3 ka kaalutlused, millest haldusakti andmisel on lähtutud. Kaalutusotsuse kohtulik kontroll on piiratud. VAKO või kohus kontrollib kas kaalutusotsuse tegemisel ei esinenud menetlus- või vormivigu, mis võisid mõjutada sisulist otsustamist, kas diskretsiooniotsus on kooskõlas õigusnormide ja õiguse üldpõhimõtetega, kas otsus tugineb seaduslikule alusel või

---

<sup>155</sup> VAKO otsus 100-17/185861 p 11.1; VAKO otsus 28-17/182263 p 11

<sup>156</sup> RKHKo 3-3-1-24-13 p 26

<sup>157</sup> nt VAKO otsused 264-12/137934 p 9.2, 3-16/168678 p 11

<sup>158</sup> RKHKo 3-3-1-54-03 p 36

ega ei ole tehtud muud sisulist dikretsiooniviga.<sup>159</sup> Vaidluse korral ei langeta VAKO või kohus hankija eest ise kaalutusotsust, vaid kontrollib kas hankija on pakkuja RHS § 95 lg 4 p 8 alusel kõrvaldamise otsuse tegemisel järginud menetlusnorme või teinud ilmselge kaalutusvea. Samuti teeb VAKO või kohus kindlaks asjaolude sisulise paikapidavuse.<sup>160</sup> Pakkuja menetlusest kõrvaldamine ei võimalda pakkujal osaleda edasises hankemenetluses, võtab pakkujalt võimaluse sõlmida hankelepingu ning osutada konkurentsi. Seega peab hankija põhjendamiskohustus olema oluliselt suurem kui näiteks pakkumuse vastavaks tunnistamisel.<sup>161</sup>

Tulenevalt riigivastutuse seaduse<sup>162</sup> § 3 lg 1 p-st 1 tuleb hankeasjades arvestada põhimõttega, et riigihankemenetluses tehtud viga ei too kaasa hankija otsuse kehtetuks tunnistamist, kui rikutud menetlus- või vorminõue ei mõjutanud küsimuse otsustamist sisuliselt. Riigikohus on selgitanud, et menetlusnormi rikkunud hankijal on tõendamiskoormus selles, et tema tehtud menetlusveale vaatamata on hankemenetluses tehtud otsus sisuliselt õige. HKMS § 59 lg 1 kohaselt peab menetlusosaline tõendama neid asjaolusid, millele tuginevad tema väited. Kui hankijal ei ole sellises olukorras võimalik vajalikku tõendit esitada, kuid võib eeldatada, et vaidlustajal on tõend või tõendile juurdepääs, võib tõendamiskoomus kohtu nõudel taas üle minna vaidlustajale.<sup>163</sup> RHS on HKMS osas eriseadus, seega varasema hankelepingu rikkumise tõendamise korral on vajalik siiski vaadata RHS sätteid tõendamiskoormuse osas. VAKO on lisaks selgitanud, et hankija jõustunud otsus pakkuja RHS § 95 lg 4 p 8 alusel hankemenetlusest kõrvaldada kehtib üksnes selles hankemenetluses, kus otsus tehti ning sellel ei ole mingit mõju seonduvalt selle pakkuja osalemisega teistes riigihangetes.<sup>164</sup>

Võrdse kohtlemise põhimõtte kohaselt ei tohi sarnaseid olukordi kohelda erinevalt ning erinevaid olukordi ühetaoliselt, kui selline kohtlemine ei ole objektiivselt põhjendatud.<sup>165</sup> Esmakordselt mainis Euroopa Kohus hankemenetluses kehtivat võrdse kohtlemise põhimõtet *Storebaelt* lahendis.<sup>166</sup> Järelikult tuleb võrdseid kohelda võrdselt ja ebavõrdseid ebavõrdselt. Kõigil pakkujatel või taotlejatel peavad olema võrdsed võimalused. Euroopa Kohus on *Succhi di Frutta* lahendis rõhutanud, et võrdse kohtlemise põhimõtte eesmärk on edendada

---

<sup>159</sup> RKHKo 3-3-1-54-03 p 38

<sup>160</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 8

<sup>161</sup> TlnHKo 3-15-127 p 34 pakkumuse vastavaks või mittevastavaks tunnistamise kohta

<sup>162</sup> Riigivastutuse seadus, RT I, 17.12.2015, 76

<sup>163</sup> RKHKo 3-3-1-24-13 p 27

<sup>164</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 8

<sup>165</sup> Euroopa Kohtu otsus C-210/03 *Swedish Match* p 70; Euroopa Kohtu otsus C-304/01 *Hispaania vs komisjon* p 31

<sup>166</sup> Euroopa Kohtu otsus C-243/89 *komisjon vs Taani (Storabaelt)* p 33; Arrowsmith, S. (viide 9) lk 614

ettevõtjate vahelist tõhusat konkurentsi ning selletõttu peab hankija rangelt järgima enda poolt hankemenetluses avaldatud tingimusi kuni hankelepingu täitmise lõpuni.<sup>167</sup> Euroopa Kohus on rõhutanud, et võrdse kohtlemise põhimõtte kohaselt tuleb hankemenetluses ettevõtjaid kohelda võrdsetel tingimustel.<sup>168</sup> Seega, kui hankija on otsustanud vabatahtlike kõrvaldamise aluste rakendamise, sh varasema hankelepingu rikkumise tõttu, peab hankija kohtlema kõiki samasuguses olukorras olevaid pakkujaid võrdselt. Kui hankele on teinud pakkumuse kaks ettevõtjat, kelle mõlema puhul on esinenud varasema hankelepingu rikkumisi, mis on kaasa toonud õiguskaitsevahendite rakendamise, siis ei ole hankijal võrdse kohtlemise põhimõtte alusel lubatud hankest kõrvaldada ainult üks pakkuja ning teine pakkuja jätta kõrvaldamata. Samas rõhutab Sue Arrowsmith, et võrdse kohtlemise põhimõtet ei saa tihtipeale kohaldada automaatselt ning Euroopa Kohus balansseerib oma menetluspraktikas tihti võrdse kohtlemise põhimõtet teiste hankemenetluse eesmärkide ja liikmesriikide huvidega.<sup>169</sup>

Võrdse kohtlemise põhimõtte väljendub ka selles, et hankemenetluses ei tohi otsuseid vastu võtta isik, kellel on hankemenetluses osaleja osas huvide konflikt, eelistus või eelarvamus.<sup>170</sup> Klassikalise hankedirektiivi art 24 kohaselt peavad liikmesriigid võtma asjakohaseid meetmeid, et tõhusalt ära hoida, tuvastada ja kõrvaldada huvide konflikte, mis tekivad hankemenetluste läbiviimisel, et vältida igasugust konkurentsi moonutamist ja tagada kõigi ettevõtjate võrdne kohtlemine. Sätte eesmärk ei ole direktiivis kehtestada huvide konflikti keeld, vaid panna liikmesriikidele kohustus rakendada siseriiklikud efektiivsed meetmed, mis võtavad arvesse kohaliku ettevõtluse eripärasid.<sup>171</sup> RHS § 3 p 4, § 9 lg 4 p 6 ja § 9 lg 5 kohaselt on hankijal kohustus vältida konkurentsi kahjustavat huvide konflikti ning kehtestada meetmed huvide konfliktide ennetamiseks, tuvastamiseks ja kõrvaldamiseks. Järelikult on hankijal hoolsuskohustus veendumaks, et pakkuja kõrvaldamise otsuse teinud hankija hankekomisjoni liige ei ole huvide konflikti olukorras ning juhul kui huvide konflikt esineb, siis kõrvaldada see näiteks liikme taandamisega hankekomisjonist. Kohtujurist Juliane Kokott on kohtuasjas C-74/09 leidnud, et kui otsuste tegemisel jääb *erapoolikuse mulje*, ei ole see olukord Euroopa Liidu õigusega kooskõlas.<sup>172</sup> Kohtuasjas C-74/09 oli küll tegemist väga spetsiifilise hankemenetluse raames tehtud otsusega, kuid Sue Arrowsmith arvamuse kohaselt

---

<sup>167</sup> Euroopa Kohtu otsus C-496/99 *Succhi di Frutta* p 110, 115

<sup>168</sup> Euroopa Kohtu otsus C-87/94 *komisjon vs Belgia (Walloon Buses)* p 56; Arrowsmith, S. (viide 9) lk 614-615

<sup>169</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 620

<sup>170</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 620

<sup>171</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 632

<sup>172</sup> Euroopa Kohus C-74/09 *Bâtiments* kohtujurist J.Kokotti ettepanek p 75-77; Arrowsmith, S. (viide 9) lk 620-621

on kohtuotsuse tähendus tõenäoliselt laiem ning see kajastab laiemalt erapoolikuse ja huvide konflikti keelu põhimõtet.<sup>173</sup>

Võrdse kohtlemise põhimõtte kontrollimise jaoks on vajalik läbipaistvuse põhimõte.<sup>174</sup> Läbipaistvuse põhimõtte kohaselt on oluline, et kõigil hankest osavõtjatel oleks võimalus teada saada reeglitest ning tagatud on vastav avalikustatuse tase kõigile potentsiaalsetele pakkujatele, mis võimaldab hankemenetluse erapooletuse kontrolli ning avatust konkurentsile.<sup>175</sup> Euroopa Kohus on *Costa* lahendis märkinud, et läbipaistvuse põhimõtte kohaselt peavad kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad olema sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, nii et ühelt poolt võimaldaks see kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja neist ühtemoodi aru saada ning teiselt poolt oleks võimalik piirata hankija kaalutusõigust ning lubada tal kontrollida, kas pakkujatel esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse menetluse kriteeriumitele.<sup>176</sup> Kui hankija on hanketeates teada andnud kohaldamisele kuuluvad kõrvaldamise alused, on hankijal kohustus läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtete alusel enda sätestatud tingimusi ka järgida.<sup>177</sup> Riigihanke läbipaistvus on oluline, et hankijal ja järelevalveasutustel oleks võimalik teostada efektiivset kontrolli hankija tegevuse üle, vältimaks pakkujate õiguste kahjustamist ja korruptsiooni. Läbipaistvuse tagamiseks on hankijal kohustus dokumenteerida ja motiveerida kõik otsused. Hankija otsus peab olema põhjendatud ja kontrollitav, hankija ei tohi tugineda pelgalt oletustele.<sup>178</sup>

Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et hankijatel on väga keeruline tõendada, et nad kohtlevad sarnases olukorras olevaid ettevõtjad kõrvaldamise otsuse tegemisel sarnaselt, kui hankijad ei ole loonud läbipaistvaid, selgeid ja fikseeritud menetlusreegleid kõrvaldamise aluse rakendamiseks. Kui hankija on sellised menetlusreeglid enda jaoks loonud, tuleb need avalikustada ka pakkujatele. Hankijad, kes menetlusreegleid ei loo, loovad tõenäoliselt kohtupraktikat selle kohta kuidas läbipaistvuse põhimõtte piirab kõrvaldamise rakendamist.<sup>179</sup> Kui hankija on hanke alusdokumentides mõne nõude, näiteks täiendava kõrvaldamise aluse, kehtestanud, siis peab hankija selle täitmist ka kontrollima. VAKO on seisukohal, et hankijal peab olema õigus menetlusest kõrvaldada pakkuja, kes keeldub

<sup>173</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 621

<sup>174</sup> Euroopa Kohtu otsus C-19/00 *SIAC Construction* p 41

<sup>175</sup> Euroopa Kohtu otsus C-458/03 *Parking Brixen* p 49; Euroopa Kohtu otsus C-324/98 *Telaustria* p 62

<sup>176</sup> Euroopa Kohtu otsus C-72/10 *Costa* p 73

<sup>177</sup> VAKO otsus 28-17/182263 p 10

<sup>178</sup> RKHKo 3-3-1-24-13 p 26

<sup>179</sup> de Mars, S. (viide 26) lk 270-271

esitamast hanke alusdokumentides nõutud kinnitust eesmärgiga vältida enda menetlusest kõrvaldamist.<sup>180</sup> Kui pakkuja jätab kõrvaldamise aluste kontrollimiseks vajalikud andmed hankepassis esitamata või esitab nende kohta valeandmeid, on hankijal klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 4 p h ja RHS § 95 lg 4 p 9 alusel õigus, kuid mitte kohustus ettevõtja hankemenetlusest kõrvaldada. Eesti seadusandja valik lisada valeandmete esitamine või andmete esitamata jätmine vabatahtlike kõrvaldamise aluste alla näitab, et hankijale on jäetud kaalutlusruum otsustamaks kas esitamata jäetud andmed või valeandmed on piisavalt olulised, et pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada või mitte. Albert Sanches-Graells on avaldanud arvamust, et sellisel juhul peaks olema tegemist kohustusliku kõrvaldamise alusega, kuna eeldada võib, et pakkuja on andmete esitamata jätmisel või valeandmete esitamisel raskelt moonutanud oma vastavust ja kvalifikatsiooni hankelepingu sõlmimiseks.<sup>181</sup> Magistratöö autor nõustub Albert Sanches-Graells'i arvamusega. Kõnealuse kõrvaldamise aluse vabatahtlike kõrvaldamise aluste nimekirja lisamine 01.09.2017 kehtima hakanud RHS-s on üllatav, arvestades, et 2004/18/EÜ direktiivi rakendamisel otsustas eesti seadusandja direktiivi art 45 lg 2 p g nimetatud vabatahtliku kõrvaldamise aluse kui pakkuja on esitanud valeandmeid või andmed esitamata jätnud, sätestada siseriiklikus õiguses kohustusliku kõrvaldamise alusena. Vana riigihangete seaduse § 38 lg 6 kohaselt tuli enne 01.09.2017 alanud hankemenetlustes valeandmeid esitanud pakkuja hankemenetlusest kohustuslikus korras kõrvaldada.

Proportsionaalsus on Euroopa Liidu õigus aluspõhimõte, mille kohaselt peavad Euroopa Liidu õigussätte alusel rakendatavad meetmed olema sobivad seotud eesmärgiga ning vajalikud eesmärgi saavutamiseks.<sup>182</sup> Klassikalise hankedirektiivi põhjendus 101 pöörab vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohaldamisel erilist tähelepanu proportsionaalsuse põhimõttele, selgitades, et väikese rikkumised peaksid ainult erandjuhtudel viima ettevõtja kõrvaldamiseni. Samas mõondab direktiiv, et korduvad väikesed rikkumised võivad kahtluse alla seada ettevõtja usaldusväärsuse ja põhjendada tema kõrvaldamist. Euroopa Kohus on oma menetluspraktikas väljendanud erinevaid seisukohti hankemenetlusest automaatse kõrvaldamise kohta. Teatud kohtuasjades on Euroopa Kohus leidnud, et automaatne kõrvaldamine hankemenetlusest ei ole proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas ning see läheb kaugemale kui oleks kõikide pakkujate võrdse kohtlemise eesmärgil vajalik.<sup>183</sup> Teistes kohtulahendites on Euroopa Kohus mõõnnud automaatse kõrvaldamise võimalikkust. Näiteks

---

<sup>180</sup> VAKO otsus 100-17/185861 p 11.2, 11.4

<sup>181</sup> Sanchez-Graells, A. (viide 47) lk 108-109

<sup>182</sup> Euroopa Kohtu otsus C-210/03 *Swedish Match* p 47

<sup>183</sup> Euroopa Kohtu otsus C-376/08 *Serrantoni* p 38; Euroopa Kohtu otsus C-21/03 *Fabricom* p 34

on Euroopa Kohus *Connexion Taxi* lahendis leidnud, et ei saa välistada olukorda, kus juba hankedokumente koostades asub hankija lähtudes asjaomase hanke olemusest seisukohale, et raske eksimus ametialaste käitumisreeglite vastu peab kaasa tooma pakkumuse automaatselt arvesse võtmata jätmise ning pakkuja kõrvaldamise, tingimusel, et eksimuse raske hindamisel on tagatud proportsionaalsuse põhimõtte järgimine. Kohus möönas, et teatud ettevõtjatel võib tekkida kiusatus esitada pakkumus lootuses, et hankija jätab nad hankemenetlusest kõrvaldamata tulenevalt proportsionaalsuse põhimõttest, samas kui teised võrdväärse olukorras ettevõtjad jätaavad pakkumuse esitamata, kui kõrvaldamise alus proportsionaalsuse hindamist ei maini. See olukord võib seada huvitatud ettevõtjad ebakindlasse olukorda, riivata võrdse kohtlemise põhimõtte ning rikkuda läbipaistvuse kohustust.<sup>184</sup> *Impresa Edilux* lahendis on kohus otsustanud, et hankija võib näha ette, et pakkuja kõrvaldatakse automaatselt hankemenetlusest, kui ta ei ole koos pakkumusega esitanud kirjalikke kinnitusi, mille eesmärk on takistada organiseeritud kuritegevuse sisseimbumist riigihangete sektorisse. Igal juhul peab hankija kõrvaldamise otsust tehes arvesse võtma proportsionaalsuse põhimõtet pakkuja varasema hankelepingle rikkumiste hindamisel. Tõenäoline on, et just nimelt proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt on klassikalisse hankedirektiivi toodud ka heastamise instituut.<sup>185</sup>

## 2.3. Registrimärke vaidlustamine

Alates 01.09.2017 lõpetatud lepingute puhul registrisse märgitava varasema lepingurikkumise ja õiguskaitsevahendite kohaldamise märkimise kohustuse osas tekib küsimus kas märgitud pakkujal on võimalus ka mäрге vaidlustada, kui ta leiab, et mäрге on registris alusetult. Eelnevalt on magistratöös näidatud, et pakkuja kohta vastava info leidmine registris on üsna ajakulukas. Samuti ei ole hankijatel mõttekas tugineda kõrvaldamise otsuse tegemisel ainult registris märgitule, eriti arvestades hankija põhendamiskohustust kõrvaldamise otsuse tegemisel - millest tuleb juttu magistratöö järgmises peatükis. Samas võib pakkuja mitte nõustuda hankija poolt registrisse lisatud informatsiooniga. Pakkujal on võimalus vaidlustada hankija nõue ning väita, et registris olev teave kahjustab pakkuja mainet. Hankija peab registris lepingu lõpetamise andmeid lisades tegema linnukese ka lahtrisse, mis küsib kas

---

<sup>184</sup> Euroopa Kohtu otsus C-171/15 *Connexion Taxi* p 36, 41, 43

<sup>185</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 628

hankija nõue on vaidlustatud, kuid sisestamisel väline kontrollifunktsioon puudub. Kui hankija on lahtrisse lisanud "ei", kuid tegelikult on pooltevaheline vaidlus kohtus pooleli, ei ole kolmandal isikul mingit alust arvata, et olukord võiks olla vastupidine. Pigem jääb kolmandale isikule - avalikkusele - mulje, et pakkuja on omaks võtnud lepingurikkumise ja järgnenud õiguskaitsevahendid.

Kui pakkuja leiab, et hankija on info registrisse lisanud alusetult ning hankija ei ole nõus seda muutma, tekib küsimus millisel alusel ja kuhu saaks pakkuja esitada vaidlustuse.

Vastuse leidmiseks võiks esmalt kontrollida kas pakkujal on võimalus esitada vaidlustus riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi VAKO). RHS § 185 sätestab ammendavalt milliste hankija dokumentide või otsuse peale on võimalik esitada vaidlustus. Samuti, millal võib vaidlustaja vaidlustada hankelepingu. Käesoleva küsimuse korral on hankemenetlus lõpetatud, ei ole ühtegi dokumenti või otsust mida saaks vaidlustada, samuti on hankeleping lõppenud. Seadus ei anna mingit võimalus esitada vaidlustus VAKO-sse kui pakkuja leiab, et hankija on registris hankelepingu kohta esitanud alusetuid andmeid.

Pakkujal võiks olla võimalus nõuda ebaõigete andmete ümberlükkamist või parandamist VÕS § 1047 alusel või kahju hüvitamist. VÕS § 1047 lg 1 kohaselt on isiku majandus- või kutsetegevusse sekkumine isiku või tema tegevuse kohta ebaõigete andmete avaldamise või faktilist laadi andmete mittetäieliku või eksitava avaldamisega õigusvastane, kui avaldaja ei tõenda, et ta ei teadnud avaldamisel andmete ebaõigsusest või mittetäielikkusest ega pidanudki sellest teadma. VÕS § 1047 lg 4 alusel võib ebaõigete andmete avaldamise korral kannatanu andmete avaldamise eest vastutavalt isikult nõuda andmete ümberlükkamist või paranduse avaldamist avaldaja kulus, sõltumata sellest, kas andmete avaldamine oli õigusvastane. Andmete avaldamise all mõeldakse mis tahes tegu või tegevusetust, mille tulemusena saavad andmed kättesaadavaks. Avaldaja on isik, kes teeb kolmandatele isikutele andmed teatavaks. VÕS §-st 1047 ei tulene, et avaldaja all mõeldakse üksnes meediaettevõtjat.<sup>186</sup>

Andmete avaldaja on isik, kelle kontrolli all on andmete avalikkusele kättesaadavaks tegemine. Kui ajakirjandusväljaandes avaldatakse artikkel, milles tsiteeritakse ebaõigeid andmeid avaldavat kolmandat isikut, on andmete avaldajaks ajakirjandusväljaande väljaandja, mitte artiklis tsiteeritud isik. Riigikohtu arvates võib teatud juhtudel avaldajaks ning mitte

---

<sup>186</sup> RKTko 3-2-1-95-05 p 25

pelgalt kihutajaks või kaasaaitajaks VÕS § 1045 lg 4 mõttes olla ka ebaõiged andmed ajakirjandusväljaandele teatavaks teinud isik. Seda juhul, kui ajakirjanduse poolt tsiteeritud isik teeb avalikkusele suunatud "pressiteate", mis sisaldab ebaõiged andmeid.<sup>187</sup> Käesoleval juhul analoogiat kohaldades, on registris varasema hankelepingu kohta ebaõiged andmeid esitanud hankija andmete avaldaja, kuna hankija on teinud avalikkusele suunatud märkuse lepingurikkumiste kohta ning hankearuande lisa, kus sisalduvad ebaõiged andmed. Ebaõiged andmed ei pea olema isikule majanduslikult kahjulikud, et lugeda ebaõigete andmete avaldamist õigusvastaseks. Ebaõigete andmete õigusvastasuse tuvastamine on oluline kahju hüvitamise nõude seisukohalt ja VÕS § 1055 lg 1 rakendamiseks.<sup>188</sup> On vaieldav kas avaldaja saaks olla ka Rahandusministeerium, kes haldab registrit. Läbi registri on andmed avalikkuseni jõudnud, aga andmed registrisse lisab ju hankija, seega saab argumenteerida, et andmete avaldaja on siiski hankija, kes on andmed avalikuks teinud läbi Rahandusministeeriumi hallatava registri ning Rahandusministeerium avaldajaks ei kvalifitseeru.

Ebaõigete andmete all mõistetakse praktikas ebaõiged faktiväiteid, st asjaolusid, mille tõeväärtus on kontrollitav.<sup>189</sup> Asjaolu kas pakkuja on rikkunud hankelepingut ning selletõttu on hankija rakendanud õiguskaitsevahendeid, on kindlasti faktiväide, mille tõeväärtust saab kontrollida. Ebaõigete andmetega VÕS § 1047 tähenduses on tegemist ka juhul, kui avaldatakse eksitavaid või mittetäielikke andmeid.<sup>190</sup> Seega, kui hankija on registris märkinud, et hankija nõue ei ole vaidlustatud, kuid tegelikult pooled alles vaidlevad nõude osas, on tegemist ebaõigete andmete avaldamisega.

Ebaõigete andmete avaldamine on VÕS § 1047 lg 1 kohaselt õigusvastane, kui avaldaja teadis või pidi teadma andmete ebaõigsusest. Eeldatakse, et ebaõiged andmeid avaldanud isik teadis või pidi teadma andmete ebaõigsusest, seega, kui andmete avaldaja soovib VÕS § 1043 sätestatud kahju hüvitamise kohustustest vabaneda, tuleb tal tõestada vastupidist. VÕS § 1043 tuleneva kahju hüvitamise nõude korral jaguneb tõendamiskoormus kannatanu ja andmete avaldajaks oleva kahju tekitaja vahel nii, et kannatanu peab tõendama, et tema kohta avaldatud andmed on ebaõiged. Kui avaldatud andmete ebaõigsus on tõendatud, võib andmete avaldaja tõendada, et ta ei teadnud ega pidanudki andmete ebaõigsusest teadma. Kui andmete avaldaja tõendab, et ta ei teadnud ega pidanudki teadma andmete ebaõigsusest, on kahju

---

<sup>187</sup> RKTko 3-2-1-95-05 p-d 24, 25; Käerdi, M., Tampuu, T. VÕS § 1047 kommentaar - Varul, P. jt. (toim.) Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009, lk 664

<sup>188</sup> Käerdi, M., Tampuu, T. (viide 187) lk 664

<sup>189</sup> Käerdi, M., Tampuu, T. (viide 187) lk 664

<sup>190</sup> Käerdi, M., Tampuu, T. (viide 187) lk 664



hüvitamise nõude esitamine andmete avaldaja vastu välistatud. Andmete ebaõigsusele tuginev pakkuja peab seega tõendama, et hankija poolt registrisse esitatud teave on väär.<sup>191</sup> Huvitav on küsimus kuidas tõendada seda, et midagi pole toimunud. Vastupidisel juhul on ju tõenäoliselt olemas aktid, dokumendid, kirjad, tunnistajad, millega saab tõendada mingi sündmuse toimumist. Kui märge registris on pahatahtliku hankija poolt lisatud ning mingit lepingurikkumist pole toimunud, on tõendamine keeruline. Tõenäoliselt saaks pakkuja tugineda siin sellele, et näiteks tööde ülevõtmis-vastuvõtmis aktides ei ole mingeid puudusi märgitud, pakkuja pangakontole on laekunud õigeaegsed maksed hankija poolt või kasutada tunnistajate abi, kes saavad väita, et ühestki probleemist pole hankija neid teavitanud.

Olukorda lihtsustab VÕS § 1047 lg 2, mille kohaselt loetakse isiku kohta majanduslikult kahjuliku asjaolu avaldamine õigusvastaseks, kui avaldaja ei tõenda, et avaldatud asjaolud vastab tegelikkusele. Majanduslikuks kahjuks on mis tahes ettevõtja, tema ettevõtte või muu majandus- või kutsetegevust omava isiku või tema tegevuse kohta käiv faktiväide, mis kutsub tavapäraselt esile vastava isiku usaldusväarsuse languse olemasolevate või potentsiaalsete äripartnerite või klientide hulgas.<sup>192</sup> Info selle kohta, et pakkuja on rikkunud hankelepingut ning selletõttu on tema suhtes rakendatud õiguskaitsevahendeid, kahjustab kindlasti ettevõtja mainet, usaldusväarsust ning potentsiaalsete partnerite soovi pakkujaga tehinguid teha. Seega võib lugeda, et kui hankija on lisanud registrisse ebaõige info hankelepingu lõpetamise kohta, on tegemist pakkuja kohta majanduslikult kahjuliku asjaolu avaldamisega. Sellisel juhul pöördub tõenduskoormus ümber ning andmete avaldajal on kohustus tõendada vastavate asjaolude tegelikkusele vastavust. Pakkuja peab tõendama, et avaldatud andmed on talle majanduslikult kahjuliku iseloomuga ning andmeid avaldanud isik saab avaldamise õigusvastasust välistada faktiväidete tõele vastavuse tõendamisega.<sup>193</sup>

VÕS 1047 lg-s 4 nähakse ette ebaõigete andmete ümberlükkamise kohustus, sõltumata andmete avaldamise õigusvastasusest, kuna ebaõigete andmete avaldamine võib osutada VÕS § 1047 lg-te 1, 2 ja 3 tingimuste esinemisel õiguspäraseks. Seega on ebaõigete andmete ümberlükkamise kohustus sätestatud seaduses objektiivse vastutusena, sõltumata andmete avaldamise õigusvastasusest ja avaldaja süüst.<sup>194</sup> Ka sellisel juhul tõendamiskoorumis erinevalt lg-st 1 ümberpööratud, seega kui pakkuja kohta avaldati tema mainet kahjustavaid andmeid, siis peab avaldaja, kes ei suuda tõendada avaldatud andmete õigsust, laskma need

---

<sup>191</sup> Käerdi, M., Tampuu, T. (viide 187) lk 664-665

<sup>192</sup> Käerdi, M., Tampuu, T. (viide 187) lk 665

<sup>193</sup> Käerdi, M., Tampuu, T. (viide 187) lk 665-666

<sup>194</sup> RKTko 3-2-1-95-05 p 26

oma kulul ümber lükata või parandada. Avaldaja ebaõiged andmed tuleb parandada, sõltumata sellest kui hoolikas avaldaja oli.<sup>195</sup>

Küsimus tekib kas pakkuja peab oma õiguste teostamiseks pöörduma tsiviil- või halduskohtu poole. Registris info avaldanud hankijad võivad olla nii riigiasutused kui kohaliku omavalitsuse üksused, kes teostavad oma tavapäraste toimingute käigus avalikku võimu, kui ka eraõiguslikud juriidilised isikud, mis täidavad põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, kuid ei ole avaliku võimu kandja traditsioonilises mõttes. Riigikohus on siiski öelnud, et avaliku võimu kandjaks võib olla ka avalikke ülesandeid täitev eraisik, kui seadusega või seaduse alusel on talle üle antud volitused avaliku võimu teostamiseks.<sup>196</sup>

Halduskohtumenetluse seadustiku<sup>197</sup> § 4 lg 1 kohaselt on halduskohtu pädevuses avalik-õiguslikus suhtes tekkinud vaidluste lahendamine, kui seadus ei näe ette teistsugust menetluskorda. Kohtute pädevuse piiritlemisel on lähtekohaks vaidlusaluse õigussuhte iseloom,<sup>198</sup> sest ka avaliku võimu kandja võib astuda eraõiguslikesse suhetesse.<sup>199</sup> Riigivastutuse seaduse (RVastS) § 1 lg 3 p-de 1 ja 4 kohaselt loetakse kahju tekitatuks eraõiguslikus suhtes, kui avaliku võimu kandja rikkus võlaõigussuhtest tulenevat kohustust või tegutses muul viisil eraõiguslikus vormis. Alates 01.09.2017 riigihanke aruande lisa enam ei kasutata ning lepingu lõpetamise andmed, sh lepingurikkumised, mille tulemusena on kasutatud õiguskaitsevahendeid, kantakse ainult registri rakendusse.<sup>200</sup> Sellest saab järeldada, et andmete lisamine registri rakendusse ei ole avalik-õiguslik suhe, kuna hankija esitab avalikkusele andmeid pooltevahelise eraõigusliku suhte, st hankelepingu täitmise, kohta. Seega peab pakkuja tsiviilkohtumenetluse seadustiku<sup>201</sup> § 1 kohaselt oma õiguste teostamiseks pöörduma tsiviilkohtusse.

---

<sup>195</sup> RKTko 3-2-1-145-07 p 14

<sup>196</sup> RKEko 3-3-1-15-01 p 11

<sup>197</sup> Halduskohtumenetluse seadustik RT I, 28.11.2017, 3

<sup>198</sup> RKTkm 3-2-1-63-07 p 8

<sup>199</sup> RKEko 3-3-1-15-01 p 11

<sup>200</sup> Rahandusministeerium (viide 114) lk 2, 4

<sup>201</sup> Tsiviilkohtumenetluse seadustik, RT I, 04.07.2017, 31

### 3. Heastamine varasema hankelepingu rikkumise korral

Peatükk käsitleb küsimust kuidas on võimalik kõrvaldamist vältida heastamismeetmeid kasutades. Uute hankedirektiivide kõige suurem innovatsioon oli heastamise instituudi loomine. Enne uute hankedirektiivi regulatsiooni kehtestamist oli liikmesriikide praktika heastamismeetmete kohaldamisel väga erinev ning õiguskirjanduses<sup>202</sup> tekkisid erinevad seisukohad heastamise kasutamisest kõrvaldamise aluste osas.<sup>203</sup>

Klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 6 üle võtnud RHS § 97 lg 1 alusel võib pakkuja või taotleja, kes on varasemalt hankelepinguid RHS § 95 lg 4 p 8 nimetatud viisil rikkunud kasutada heastamise instituuti oma usaldusväarsuse taastamiseks ning kõrvaldamise vältimiseks.

Heastamise institutsiooni idee kohaselt võib hankija jätta pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata, kui pakkuja on võtnud kasutusele meetmed, mis välistavad tulevikus pakkuja kõrvaldamise aluste täitmise, kuigi otsustuse tegemise hetkel on pakkujal täidetud hankedirektiividest ja seadusest tulenevad kõrvaldamise alused. Heastamine pakub võimaluse võimalikult suurel hulgal pakkujatel osaleda hankemenetluses konkurenti pakkumiseks, mis teenib nii majanduse elavdamise kui hankijate huve, kellel on selle tõttu suurem võimalus valida mida ja kellelt osta.<sup>204</sup>

Kadri Härginen ja Mari Ann Simovart on 2013. aasta artiklis asunud seisukohale, et heastamise kontseptsioon tekitab hankemenetlustes topeltstandardi, kus range miinimumstandard kohustuslike kõrvaldamise aluste tähenduses ühtaegu kehtib ja ei kehti ka.<sup>205</sup> Õiguskirjanduses on asutud ka vastupidisele seisukohale, et heastamise võimalus oli teoreetiliselt olemas juba vana hankedirektiivi ajal tulenevalt proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetest ning juhul, kui heastamise meetmed on olnud piisavad, ei ole proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine, kuna kõrvaldamise aluste eesmärgid on heastamise meetmete kaudu saavutatud.<sup>206</sup> Seetõttu ei nähtu heastamise kontseptsioonist topeltstandardit kõrvaldamise aluste eesmärkide ja heastamise meetmete rakendamise vahel, vaid üksnes proportsionaalsuse ja võrdse kohtlemise

---

<sup>202</sup> vt Arrowsmith, S., Priess, H-J., Friton, P. Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? Public Procurement Law Review 2009, lk 257-282

<sup>203</sup> van Garsse, S., de Mars, S. (viide 17) lk 131-132

<sup>204</sup> Teder, K. (viide 10) lk 33

<sup>205</sup> Härginen, K., Simovart, M.A. (viide 6) lk 629-630

<sup>206</sup> Arrowsmith, S. Priess, H-J., Friton, P. (viide 202) lk 281

põhimõtete järgimist.<sup>207</sup> Ühest küljest võimaldab hankija kaalutusõiguse suurendamine võtta arvesse iga konkreetse juhtumi eripära ja seeläbi jõuda õiglasema ning riigihanke eesmärkidele vastava otsuse tegemisena. Teisest küljest muudab suurem kaalutusõigus hankemenetluse subjektiivsemaks ja hankija käitumise hankemenetluses vähem ettearvatavaks, mis muudab menetluspraktika ka tunduvalt ebaühtlasemaks.<sup>208</sup>

Klassikalise hankedirektiivi põhjendus 102 jätab liikmesriikide otsustada kas heastamismeetmeid peab hindama hankija või mõni muu ametiasutus kas tsentraalsel või detsentraalsel tasandil. Tsentraalne otsuste tegemine võiks tagada suurema järjepidevuse ja kindluse tehtud otsuste ühtluses, samuti tagaks see ressursside parema kasutamise ning kõrgema kvaliteediga otsused.<sup>209</sup> Eesti seadusandja on otsustanud, et pakkuja poolt heastamise meetmeid peab RHS § 97 lg 2 kohaselt hindama hankija. RHS seletuskirjas selgitatakse, et kuivõrd heastamise puhul on tegemist Eesti jaoks täiesti uue ja esmakordse instrumendiga, siis heastamise hindamiseks keskset ametiasutust esialgu määrama ei hakata. Seletuskirja kohaselt plaanib Rahandusministeerium 2018. aasta sügisel analüüsida kui palju heastamismeetmete kaalumist on soovitud, milline on hankija töökoorumus, kus on tekkinud probleemid ning seejärel hinnata kas heastamist peab hindama eraldi üksus.<sup>210</sup> Autori hinnangul ei ole seadusandja lahendus kuigi õnnestunud. Hankijate pädevus, teadmised ja varasem kogemus kuidas hinnata pakkuja poolt võetud heastamismeetmete efektiivsust ja tulemust on heal juhul ebaühtlane, tõenäoliselt aga olematu. Heastamismeetmete hindamise kohustuse panemine hankijatele võib kaasa tuua pakkujate ebavõrdse kohtlemise. Erinevad hankijad võivad samasuguses olukorras olevaid pakkujaid kohelda erinevalt.<sup>211</sup> Üks hankija võib pakkuja poolt esitatud tõendite pinnalt teha otsuse pakkuja kõrvaldamata jätta. Teine hankija võib sama pakkuja poolt esitatud samade tõendite pinnalt aga otsustada, et pakkuja ei ole oma usaldusväärsust piisavalt tõendanud ning pakkuja hankemenetlusest kõrvalda. Selline olukord aga ei ole lubatud võrdse kohtlemise põhimõtte alusel.

Eesti seadusandja on piiranud RHS § 97 lg 1 kohaselt heastamise meetmete kasutamist selliselt, et heastamist on võimalik kasutada hankemenetlustes, mille eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda. Näiteks 2017. aastal korraldati Eestis üle rahvusvahelise piirmäära jäävaid hankeid 12% ehk 1246 korral kõikidest hangetest. 2016.

---

<sup>207</sup> Täär, K. (viide 13) lk 10

<sup>208</sup> Minumets, D., Kulm, P. (viide 99) lk 284

<sup>209</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1272

<sup>210</sup> Riigihangete seaduse eelnõu. (viide 48) lk 89-90

<sup>211</sup> van Garsse, S., de Mars, S. (viide 17) lk 134

aastal oli vastav protsent 11.<sup>212</sup> Seega saab järeldada, et heastamismeetmeid on võimalik rakendada ainult veidi üle kümne protsendi hankemenetluste puhul, mis jätab umbes 90% hangetest ilma heastamise võimalikest positiivsetest tagajärgedest. Taolise piirangu seadmisel tugineti huvigruppide seisukohale, et heastamismeetmete hindamine toob endaga kaasa töö- ja halduskoormuse hüppelise tõusu. Samuti leiti, et see võib kaasa tuua riigihangete läbiviimise venimise nii hindamise kui potentsiaalsete kohtuvaidluste tõttu ning sellepärast pole põhjendatud heastamismeetmete rakendamine alla rahvusvahelise piirmäära jäävates hangetes.<sup>213</sup>

RHS § 97 lg 1 esitab näitliku loetelu milliste meetmete rakendamist võiks pakkuja esitada tõendamaks, et on oma usaldusväarsuse taastanud. Sellisteks meetmeteks võivad olla näiteks:

- a) süüteoga põhjustatud kahju hüvitamine või vastava kohustuse võtmine;
- b) uurimisasutustega aktiivse koostöö tegemine ja teo asjaolude põhjalik selgitamine või
- c) tehnilised ning organisatsiooni ja töötajatega seotud meetmed, mis võimaldavad edasisi süütegusid ära hoida.

Klassikalise hankedirektiivi põhjendus 102 selgitab, et meetmed võivad seisneda eelkõige personali- ja organisatsioonimeetmetes, näiteks:

- a) igasuguste suhete lõpetamine väärtelos osalenud isikute või organisatsioonidega;
- b) sobivad personali ümberkorraldamise meetmed;
- c) aruandlus- ja kontrollisüsteemide rakendamine;
- d) sisekontrolliüksuse loomine nõuetele vastavuse jälgimiseks;
- e) organisatsioonisiseste vastutus- ja hüvitamiseeskirjade vastuvõtmine.

Tuleb rõhutada, et tegemist on näidetega. Pakkujal on õigus esitada tõendeid ükskõik milliste loetelus loetlemata jäänud meetmete kohta, kui need tema meelest tõendavad, et võetud meetmed taastavad ta usaldusväarsuse.

RHS § 97 lg 1 kohaselt tuleb tõendid heastamismeetmete võtmise kohta esitada koos pakkumuse või taotlusega või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse raames. RHS eelnõu seletuskiri selgitab, et tõendid tuleb esitada esmalt hankepassis, kus pakkuja

---

<sup>212</sup> Rahandusministeerium. 2017. aasta riigihangete kokkuvõte. 2017 lk 4 - arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/system/files\\_force/document\\_files/2017\\_uldine\\_statistika.pdf?download=1](https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/2017_uldine_statistika.pdf?download=1) (20.04.2018)

<sup>213</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 90

märgib ära vastava kõrvaldamise aluse ning asjaolu, et ta on võtnud selle heastamiseks meetmeid ning esitab kohe ka vastava tõendusmaterjali võetud meetmete kohta.<sup>214</sup>

Klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 6 kohaselt ei või ettevõtja kasutada heastamismeetmeid nendes liikmesriikides, kus kehtib ettevõtja osas jõustunud kohtuotsus, millega ta on hankemenetlusest või kontsessiooni andmise menetluses osalemisest kõrvaldatud. Keeld kehtib otsuses määratud kõrvaldamise perioodil. See tähendab, et kõrvaldamine võib olla sanktsioon<sup>215</sup> kui asjaomase liikmesriigi kohus vastavasisulise otsuse teeb.

Hankija peab hindama pakkuja poolt esitatud tõendeid ning kui ta leiab, et tõendid on piisavad pakkuja usaldusväärsuse tõendamiseks, jätma pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata, vaatamata kõrvaldamise aluse olemasolule. Hankija peab tulenevalt RHS § 97 lg 2 kirjalikus otsuses põhjendama miks ta leiab, et esitatud tõendid ja võetud heastamismeetmed taastavad pakkuja usaldusväärsuse. Heastamismeetmete hindamine on keeruline ning kindlasti tõusetub selle pinnalt vaidlusi.<sup>216</sup>

Eelnevalt on autor väljendanud seisukohta, et hankijatel tõenäoliselt puudub pädevus, teadmised ja kogemus kuidas hinnata pakkuja poolt võetud heastamismeetmete efektiivsust ja tulemust. Hankija ei pea hankijaks kvalifitseerumisel omama teadmisi näiteks haldus- või konkurentsioigusest, hankija töötajad ei pea olema omandanud eriteadmisi või -haridust või läbima hankemenetluse korraldamiseks ning selle raames otsuse vastuvõtmiseks teatud koolitusi.<sup>217</sup> Oletame olukorda kus pakkuja on kõrvaldamise aluse olukorras, kuna ta on näiteks varasema hankelepingu raames jätnud tööd tähtaegselt üle andmata. Hankija on seda lugenud hankelepingu oluliseks rikkumiseks, rakendanud sanktsioone ning pakkuja on neid ka aktsepteerinud. Kõnealune pakkuja soovib hankija uues hankemenetluses kasutada heastamist, et vältida hankemenetlusest kõrvaldamist ning esitab tõendid mille kohaselt on pakkuja muutnud sisemist töökorraldust, vahetanud töötajaid või partnereid. Hankija ei oska suure tõenäosusega hinnata kas need sisemised muudatused toovad kaasa ka reaalse muutuse tähtaegadest kinnipidamise osas, kuna hankijal ei ole võimalik ja kohustuslik omada täielikku ülevaadet pakkuja kui majandusüksuse toimimisest. Samuti võib selline teave olla pakkuja ärisaladus, mille suhtes on pakkujal kõrgendatud huvi, et see ei saaks avalikuks. RHS § 111 lg 5 kohaselt peab pakkuja märkima pakkumuses, milline teave on pakkuja ärisaladus ning

---

<sup>214</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 91

<sup>215</sup> Arrowsmith, S. (viide 9) lk 1243

<sup>216</sup> Riigihangete seaduse eelnõu (viide 48) lk 90

<sup>217</sup> Täär, K. (viide 13) lk 33

põhjendab selle ärisaladuseks määramist. RHS § 113 lg 8 kohaselt ei tohi hankija avalikustada pakkuja ärisaladust. Tõendeid heastamismeetmete kohta ei saa lugeda pakkumuseks, seega ei kohusta RHS § 111 lg 5 pakkujaat määratlema heastamismeetmeid puudutavates tõendites milline teave on tema ärisaladus. Ärisaladuse määratlemise õigus kuulub pakkujale ning hankijal ei ole iseseisvalt õigus otsustada, milline teise isiku teave on ärisaladus ja milline mitte. Kuna pakkujal puudub kohustus märkida heastamismeetmeid puudutavates tõendites milline osa teabest on kaetud ärisaladusega, on Rahandusministeerium soovitanud hankijal iga tõendi avaldamise üle otsustamiseks pöörduda pakkuja poole, et välja selgitada, kas tõend sisaldab ärisaladust.<sup>218</sup>

Kui hankijal puudub pädevus ja teadmised pakkuja poolt võetud heastamismeetmete hindamiseks, on võimalik, et hankija teeb otsuse, milles põhjendab, et tal puudub sisemine veendumus, et pakkuja on usaldusväärsuse taastanud, kuna hankija ei tea millest hindamisel lähtuda. Suure tõenäosusega see hankija otsus vaidlustatakse pakkuja poolt, mille tõttu hankemenetlus venib, hankija ei saa osta vajalikku asja või teenust ning võib-olla peab ta veel kinni maksma ka teise poole vaidlustusmenetluses kantud lepingulise esindaja kulud, kuna alates 01.01.2019 mõistab VAKO vaidlustuse täieliku rahuldamise korral hankijalt vaidlustaja kasuks välja muu hulgas ka lepingulise esindaja kulud põhjendatud ja vajalikus ulatuses RHS § 198 lg 1 ja RHS § 238 lg 4 alusel. Hankemenetluse venimise, vaidlustusmenetluse ning selle kulude vältimiseks võivad hankijad minna lihtsama vastupanu teed ning jätta heastamismeetmeid rakendanud pakkuja hankemenetluses kõrvaldamata pealiskaudse hindamise tulemusel. See aga ei ole kooskõlas direktiivi ja seaduse eesmärgiga. Selle vältimiseks võiks heastamismeetmete hindamise kohustuse panna mõnele pädevamale asutusele või vähemalt võiks siseriiklikult luua ühtsed juhised ja kriteeriumid kuidas hankijad peaksid heastamismeetmeid hindama.

Õiguskirjanduses on väljendatud põhimõtet, et hoolimata tulevasest pikajaliselt kasulikkusest, on hankijatel mitmeid põhjuseid kõrvaldamise reeglitest kõrvale kaldumiseks. Näiteks kui kõrvaldamise aluse olukorras olev pakkuja tarnib ainulaadseid või kõrge kvaliteediga tooteid või teenused või on turul ainuke pakkuja. Sellises olukorras võivad hankijad eelistada pakkuja kõrvaldamata jätmist. Hankijad keskenduvad peamiselt nende enda hankevajadustele ning muretsesvad pigem oma eelarveliste piirangute üle, kui selle üle kuidas reeglid pikaajaliselt ühiskonna heaks töötavad. See ei tulene sellest, et hankijad ei näe kompromissi kõrvaldamisest tulenevate lühiajaliste kulude ja pikaajaliste eeliste vahel, vaid hankijate

---

<sup>218</sup> Rahandusministeerium (viide 4), lk 4 kvalifitseerimise dokumentide osas

keskendumisest enda vajadustele. Kui näiteks siseriiklikul turul on ainult üks pakkuja, kes on samas ka kõrvaldamise olukorras, võib alternatiivsete pakkujate leidmine osutuda väga kulukaks või võimatuks. Ka see viitab veel kord sellele, et heastamismeetmeid peaks hindama mõni muu pädev üksus.<sup>219</sup>

Magistritöö peatükis 2.3 on pikemalt analüüsitud võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtteid. Ka heastamismeetmete üle otsustamisel on vajalik kõigi nende põhimõtete järgimine.

Kõrvaldamise ja heastamise instituudi mõttes ei saa lugeda pakkujaid sarnases olukorras olevateks kui mõlemad pakkujad on kõrvaldamise aluse olukorras, kuid üks pakkujatest on võtnud kasutusele heastamise meetmed ning teine ei ole. Autor on seisukohal, et kui hankele on teinud pakkumuse kaks ettevõtjat, kelle mõlema puhul on esinenud varasema hankelepingu rikkumisi, mis on kaasa toonud õiguskaitsevahendite rakendamise ning mõlemad pakkujad pakkujad on esitanud hankijale tõendid heastamismeetmete rakendamise kohta, on hankijal võrdse kohtlemise põhimõtte alusel kohustus käsitleda võrreldavas olukorras olevaid pakkujaid ühetaoliselt ja erinevas olukorras olevaid pakkujaid erinevalt. See tähendab, et hankijal ei ole võrdse kohtlemise põhimõtte alusel automaatset kohustust teha mõlema pakkuja kõrvaldamise või kõrvaldamata jätmise osas sama otsus. Heastamise olemusest lähtudes võivad kõnealused pakkujad olla väga erinevates olukordades ning hankijatel on kohustus esmalt hinnata kas pakkuja esitatud tõendid on piisavad pakkuja usaldusväärsuse taastamiseks ning teisalt kas pakkujad on samasuguses olukorras. Kui pakkujad on samasuguses olukorras ning pakkujate esitatud tõendid on samuti ühesugused, ei ole lubatud üks pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada ning teine kõrvaldamata jätta. Sellise olukorra esinemine praktikas ei ole küll tõenäoliselt väga suur.

Läbipaistvuse põhimõtte valguses peaks olema pakkujatel võimalik kontrollida kas hankija on kohelnud pakkujaid võrdselt. Läbipaistvuse tagamiseks on hankijal kohustus dokumenteerida ja motiveerida otsus, millega ta hindab kas heastamise raames pakkuja poolt esitatud tõendid on piisavad pakkuja usaldusväärsuse taastamiseks. Hankija otsus peab olema põhjendatud ja kontrollitav, hankija ei tohi tugineda pelgalt oletustele.<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> Hjelmeng, E. Søreide, T. Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization. - Racca, G. M., Yukins, C. Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Bruylant. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-32. lk 6

<sup>220</sup> RKHKo 3-3-1-24-13 p 26



Analoogia korras hankija otsustele rakenduva HMS § 56 lg 1 kohaselt tuleb põhjendus esitada otsuses või menetlusosalisele kättesaadavas dokumendis, millele on otsuses viidatud. Diskretsiooniotsuse põhikaalutlused ei saa reeglina sisalduda üheski varasemas dokumendis, sest iga diskretsiooniotsus on eriline ja ainukordne. Kirjaliku motiveerimise eesmärk ei ole ainult tagantjärele otsuse kontrollimine, vaid ka haldusorgani enesekontrolli tagamine. Just kaalutusotsuse tegemisel sunnib kirjaliku põhjendamise nõue hankija otsuse positiivseid ja negatiivseid mõjusid ning tehtavat valikut põhjalikumalt läbi mõtlema.<sup>221</sup>

Hankija kaalutusotsuse kohtulik kontroll on piiratud. VAKO või kohus kontrollib kas hankija poolt kaalutusotsuse tegemisel ei esinenud menetlus- või vormivigu, mis võisid mõjutada sisulist otsustamist, kas diskretsiooniotsus on kooskõlas õigusnormide ja õiguse üldpõhimõtetega, kas otsus tugineb seaduslikule alusel või ega ei ole tehtud muud sisulist diskretsiooniviga.<sup>222</sup> Vaidluse korral ei langeta VAKO või kohus hankija eest ise kaalutusotsust ega otsusta kas pakkuja poolt esitatud tõendid on piisavad ettevõtja usaldusväärsuse taastamiseks, vaid kontrollib kas hankija on pakkuja RHS § 97 alusel esitatud tõendite alusel kõrvaldamise või kõrvaldamata jätmise otsuse tegemisel järginud menetlusnorme või teinud ilmselge kaalutusvea.<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> RKHKo 3-3-1-54-03 p 36

<sup>222</sup> RKHKo 3-3-1-54-03 p 38

<sup>223</sup> VAKO otsus 35-18/192881 p 8

## Kokkuvõte

Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli sisustada varasema hankelepingu rikkumise kui hankedirektiivis nimetatud kõrvaldamise aluse materiaal- ja menetlusõiguslikku regulatsiooni ning vastata küsimusele kuidas on võimalik kõrvaldamise vältimiseks kasutada heastamise instituuti. Peamise eesmärgi saavutamiseks püstitas autor järgmised küsimused:

1. kas rikkumine peab olema aset leidnud sama hankija suhtes või kas on võimalik alust rakendada ka siis kui rikkumine on toimunud muu hankijaga sõlmitud lepingus?
2. kes on kõrvaldamise subjekt - eelkõige kas hankemenetlusest on võimalik kõrvaldada pakkuja kui varasemat hankelepingut on rikkunud pakkuja alltöövõtja, õigusjärglane, tütar-, sõsar- või emaettevõtte?
3. kuidas sisustada olulise rikkumise teisi kriteeriume - eelkõige milline ja millal peab olema oluline või pidev rikkumine aset leidnud?
4. milline on tõendamiskoormus varasema hankelepingu rikkumise tõendamisel?
5. kuidas sisustada hankija põhjendamiskohustust kõrvaldamisotsuse tegemisel?
6. kuidas on varasema hankelepingu rikkumise korral võimalik kõrvaldamist vältida heastamismeetmeid kasutades?

Esimese uurimisküsimuse analüüsimisel leidis autor, et Euroopa Komisjoni esialgses ettepanekus vastu võtta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete sisaldus võimalus lubada hankijal kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja varasema hankelepingu rikkumise tõttu ainult siis kui hankelepingu rikkumine oli toimunud sama hankija või taotlejaga sõlmitud varasemas samaliigilises lepingus. Klassikalise hankedirektiivi menetlemise käigus on Euroopa Parlamendi ja Euroopa Nõukogu surve loobunud kõnealusest piirangust ning kõrvaldamise aluse kohaldamisala on oluliselt laiem. Varasema hankelepingu rikkumine kõrvaldamise aluse tähenduses ei pea olema toimunud sama hankija juures ning pole oluline, millise hankijaga sõlmitud varasemat hankelepingut on pakkuja või taotleja rikkunud. Järeldus on ka kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, kuna pakkujatel on võimalik varasemat ebausaldusväärset käitumist kompenseerida klassikalise hankedirektiivi art 57 lg 6 üle võtnud RHS § 97 nimetatud heastamismeetmetega.

Teise uurimisküsimuse analüüsimisel leidis autor, et hankemenetlusest ei ole võimalik kõrvaldada pakkujat, kui varasema hankelepingu rikkumise on toime pannud pakkuja tütar-, sõsar- või emaettevõtte, kuna kõrvaldamise subjektide ringi taoline laiendamine ei ole kooskõlas Euroopa Liidu riigihankeõiguse üldpõhimõtetega.

Autor on seisukohal, et teatud olukordades on tõepoolest võimalik kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja, kelle õiguseellane on varasemat hankelepingut rikkunud. On vaieldav kas varasema hankelepingu osas leppetrahvi maksmine, hankelepingu ennetähtaegne lõpetamine ja muud sarnased sanktsioonid on pigem seotud lepinguga ja varasema kogemusega või kvalifitseeruvad karistuseks, mis on isikuga lahutamatult seotud, aga õigusjärglus võib alata ka hankelepingu täitmise kestel. Sellisel juhul saab argumenteerida, et õigusjärglasele lähevad üle ka õiguseellase poolt hankelepingu varasema täitmise käigus kantud sanktsioonid.

Hankijal ei ole otsest õigust hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja alltöövõtja, kes on rikkunud varasemat hankelepingut RHS § 95 lg 4 p 8 tähenduses, kuid hankija võib nõuda sellise alltöövõtja asendamist. Selline õigus on hankijal ka siis, kui pakkuja toetub kvalifitseerimistingimuste täitmiseks sellise ettevõtja vahenditele, kellel esineb RHS § 95 lg 4 p 8 nimetatud kõrvaldamise alus. Kui hankija nõudmisel pakkuja ei asenda ettevõtet, kelle vahenditele ta tugineb ning pakkuja ei täida iseseisvalt esitatud kvalifitseerimise tingimusi, peab hankija jätma pakkuja kvalifitseerimata.

Kolmanda uurimisküsimuse analüüsis on näidatud, et hankelepingud ei saa alluda ainuüksi eraõiguslikule regulatsioonile, vaid nendega seotud kaasustes tuleb järgida riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid ja hankedirektiivi reeglid, isegi juhul, kui need ei ole otseselt riigisiseses õiguses kajastatud. Seetõttu ei saa hankelepingu olulise rikkumise sisustamisel lähtuda ainuüksi Eesti riigisisest õigusest, eelkõige võlaõigusseadusest ja tsiviilseadustiku üldosa seadusest, vaid tõlgendamisel peab silmas pidama ka Euroopa Liidu ning siseriikliku riigihankeõiguse üldpõhimõtteid, sealjuures on Euroopa Liidu riigihanke üldpõhimõtted ülimuslikud siseriiklike eraõiguslike reeglite ees. Hankija on kohustatud tagama, et ei tekiks vastuolu riigihanke üldpõhimõtetega - võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtetega.

Hankedirektiivi ja RHS sätetest saab tuletada, et varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise eelduseid on kolm:

1. pakkuja on varasemalt sõlmitud hankelepingut rikkunud oluliselt või pidevalt;
2. rikkumise tulemusena on hankija pakkuja suhtes kohaldanud õiguskaitsevahendeid: hankija on lepingust taganenud, lepingu üles öelnud või hinda alandanud, ettevõtja on hüvitanud kahju või maksnud leppetrahvi;

3. teo toimepanemisest või aluse esinemisest ei ole möödas rohkem kui kolm aastat.

Sealjuures tuleb pöörata tähelepanu asjaolule, et väikesed rikkumised peaksid ainult erandjuhtudel viima ettevõtja kõrvaldamiseni. Siiski võivad korduvad väikesed rikkumised seada kahtluse alla ettevõtja usaldusväärsuse ja põhjendada tema kõrvaldamist. Klassikalise hankedirektiivi põhjendus 101 toob näitliku loetelu mida võiks lugeda hankelepingu olulise nõude rikkumiseks:

- a) pakkuja ei ole suutnud täita kohustusi;
- b) pakkuja poolt tarnitud toote või osutatud teenusega seoses on esinenud olulisi puudusi, mistõttu ei ole võimalik neid kavandatud otstarbel kasutada;
- c) pakkuja varasem käitumine on tekitanud tõsiseid kahtlusi pakkuja usaldusväärsuse osas.

Klassikaline hankedirektiiv jätab paljuski hankija otsustada mida lugeda konkreetse hankelepingu täitmise puhul oluliseks ja mida mitte. Rahandusministeerium on selgitanud, et olulisuse või pidevuse sisustamisel on hankijal üsna vabad käed. Hankija võib olulisuse või pidevuse hindamisel lähtuda mis iganes mõistlikust kriteeriumist ning võib need kriteeriumid sätestada ka riigihanke alusdokumentides.

Varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise teise eelduse kohaselt on hankija pidanud pakkuja suhtes rikkumise tulemusena kohaldama õiguskaitsevahendeid: hankija on lepingust taganenud, lepingu üles öelnud või hinda alandanud, ettevõtja on hüvitanud kahju või maksnud leppetrahvi. Oluline on, et õiguskaitsevahendite kohaldamine on lõppenud. Selle jaoks on kaks varianti. Esimese variandi puhul ei ole pakkuja hankija nõuet vaidlustanud ja pakkuja on nõustunud hankijapoolse õiguskaitsevahendi rakendamisega, näiteks maksnud vabatahtlikult leppetrahvi, hüvitanud kahju või aktsepteerinud lepingu ülesütlemist. Teise variandi puhul on pakkuja vaidlustanud hankija nõude ning selles osas on olemas jõustunud kohtuotsus. Juhul, kui pakkuja on vaidlustanud hankija nõude ja pooltevaheline vaidlus kohtus alles käib, ei ole võimalik pakkujapoolsele varasema hankelepingu rikkumisele käimasolevates hankemenetlustes tugineda, kuna kõrvaldamise aluse eeldused ei ole täidetud.

Varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kohaldamise kolmanda eelduse kohaselt saab ettevõtja vabatahtlike kõrvaldamise aluste esinemisel hankemenetlusest kõrvaldada kui teo toimepanemisest või aluse esinemisest ei ole möödas rohkem kui kolm

aastat. Varasema hankelingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse kolmanda eelduse sisustamisel tekib esmalt küsimus kas tähtaega hakatakse lugema pakkuja poolt toimunud rikkumisest või hankija poolt õiguskaitsevahendi rakendamisest. Sue Arrowsmith'i arvamuse kohaselt võib see tähendada ühest küljest kuupäeva, millal teo toimepanemine toimus. Samas saab tema meelest ka argumenteerida, et see võiks tähendada hoopis kuupäeva, millal teo toimepanemine piisavalt kindlaks tehti ehk kohtuotsuse tegemise aeg pooltevahelise vaidluse korral. Selle kohta on Saksamaa esitanud Euroopa Kohtule ka eelotsuseküsimuse. Sätte tõlgendamisel tuleb seetõttu ära oodata Euroopa Kohtu eelotsus, kuna Euroopa Kohtu tõlgendus on liikmesriikide suhtes siduv, et tagada Euroopa Liidu õiguse ühetaoline toime igas riigis.

Neljanda uurimisküsimuse analüüsimisel leidis autor, et kui hankija tahab rakendada varasema hankelingu rikkumist kui vabatahtlikku kõrvaldamise alust, peab hankija ise tõendusmaterjali leidma. RHS sätestab, et varasema hankelingu rikkumise tõendamine võib toimuda "mis tahes viisil". Niivõrd lai alus jätab väga palju ruumi erinevateks tõlgendusteks ning vaidlusteks. Tõendamisel on kindlasti eelisolukorras hankijad, kelle varasemates hankemenetlustes on toimunud lepingurikkumisi, mis kvalifitseeruvad varasema hankelingu rikkumiseks vabatahtliku kõrvaldamise aluse tähenduses. Kadri Härginen ja Mari Ann Simovart on soovitanud hankijatel kõnealuse kõrvaldamise alusega oma sisemises töökorralduses arvestada ning luua hankelingu täitmise kontrollimiseks teatud töökorralduslikud põhimõtted, et järgnevates hankemenetlustes oleks võimalik probleemne ettevõtja vajaduse korral kõrvaldada.

Keerulisem on kõrvaldamise aluse olemasolu tõendamine kindlasti hankijatel, kellel ei ole varasemat hankelingu potentsiaalselt probleemse pakkujaga või on potentsiaalse probleemse pakkujaga varasemalt sõlmitud hankelingu raames küll olnud probleeme, kuid hankija ei ole mis tahes põhjustel rakendanud pakkuja osas õiguskaitsevahendeid, näiteks on lepingu lõpetatud pooltevahelise kokkuleppega. Sellisel juhul kerkivad küsimused kas potentsiaalne probleemne pakkuja on varasemalt rikkunud mõnda hankelingu mõne teise hankijaga ning kui on, siis kuidas sellist rikkumist tõendada. Ühe võimalusena on pakkujal võimalik teha otsing Riigihangete registris, kuhu hankijatel on kohustus peale hankelingu rikkumist esitada teave ettevõtjapoolsete hankelingu rikkumiste kohta, mille tulemusena on kohaldatud RHS § 95 lõike 4 punktis 8 nimetatud õiguskaitsevahendit. Probleem seisneb selles, et registrist on vastava info leidmine keeruline, aeganõudev ning niivõrd peidetud, et mõned hankijad ei teagi, et sellist infot on registrist võimalik leida. Samuti on registris olev

info õiguskaitsevahendite kohta sisestatud hankijate poolt ning andmete õigusust ei ole võimalik garanteerida. Registri otsingu kaudu saadav info omab olulist tähtsust hankija esimese küsimuse puhul - kas potentsiaalselt probleemne pakkuja on üldse mõnda varasemat hankelepingu rikkunud. Saades registri otsingu kaudu jaatava vastuse, on korrektne pöörduda vastava hankemenetluse läbiviinud hankija poole ning paluda abi, informatsiooni ja täpsustusi selle kohta kas tõepoolest on potentsiaalselt probleemne pakkuja rikkunud varasema hankelepingu olulist nõuet ning kas hankija on rakendanud ka seaduses sätestatud õiguskaitsevahendeid.

Hankedirektiiv ja RHS ei sea piire, et varasema hankelepingu rikkumise kui kõrvaldamise aluse rakendamise jaoks peab rikkumine toimuma just siseriikliku hankija juures. Seega on võimalik kõrvaldamise alust rakendada ka piiriüleste pakkujate suhtes, kui hankija kuskilt sellekohase info leiab.

Viienda uurimisküsimuse analüüsimisel leidis autor, et vabatahtliku kõrvaldamise aluse esinemise korral on hankijal õigus, aga mitte kohustus pakkuja hankemenetlusest kõrvaldada. Hankijal on kõrvaldamise aluse rakendamise korral kaalutusõigus. Hankijal on kohustus pakkuja või taotleja hankemenetlusest kõrvaldamisel teha põhjendatud kirjalik otsus, mis peab olema kontrollitav ning ei tohi tugineda pelgalt oletustele. Pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise otsuse tegemisel peab hankija alati silmas pidama riigihankeõiguse üldpõhimõtteid: võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse printsiipe.

Alates 01.09.2017 lõpetatud lepingute puhul riigihangete registrisse märgitava varasema lepingurikkumise ja õiguskaitsevahendite kohaldamise märkimise kohustuse osas on pakkujal võimalus VÕS § 1047 alusel märke vaidlustada, kui ta leiab, et märke on registris alusetult. Andmete lisamine riigihangete registri rakendusse ei ole avalik-õiguslik suhe, kuna hankija esitab avalikkusele andmeid pooltevahelise eraõigusliku suhte, st hankelepingu täitmise, kohta. Seega peab pakkuja oma õiguste teostamiseks pöörduma tsiviilkohtusse.

Viimase uurimisküsimuse analüüsimisel leidis autor, et heastamise institutsiooni idee kohaselt võib hankija jätta pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata, kui pakkuja on võtnud kasutusele meetmed, mis välistavad tulevikus pakkuja kõrvaldamise aluste täitmise, kuigi otsustuse tegemise hetkel on pakkujal täidetud hankedirektiividest ja seadusest tulenevad kõrvaldamise alused. Klassikalise hankedirektiiv jätab liikmesriikide otsustada kas heastamismeetmeid peab hindama hankija või mõni muu ametiasutus kas tsentraalsel või detsentraalsel tasandil.

Eesti seadusandja on otsustanud, et pakkuja poolt heastamise meetmeid peab hindama hankija. Autori hinnangul ei ole seadusandja lahendus kuigi õnnestunud. Hankijate pädevus, teadmised ja varasem kogemus kuidas hinnata pakkuja poolt võetud heastamismeetmete efektiivsust ja tulemust on heal juhul ebaühtlane, tõenäoliselt aga olematu. Heastamismeetmete hindamise kohustuse panemine hankijatele võib kaasa tuua pakkujate ebavõrdse kohtlemise.

Pakkuja peab tõendid heastamismeetmete võtmise kohta esitama esmalt hankepassis, kus pakkuja märgib ära vastava kõrvaldamise aluse ning asjaolu, et ta on võtnud selle heastamiseks meetmeid ning esitab kohe ka vastava tõendusmaterjali võetud meetmete kohta. Hankija peab hindama pakkuja poolt esitatud tõendeid ning kui ta leiab, et tõendid on piisavad pakkuja usaldusväärsuse tõendamiseks, jätma pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata, vaatamata kõrvaldamise aluse olemasolule. Ka heastamismeetmete üle otsustamisel on vajalik järgida võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtteid.

Kui hankijal puudub pädevus ja teadmised pakkuja poolt võetud heastamismeetmete hindamiseks, on võimalik, et hankija teeb otsuse, milles põhjendab, et tal puudub sisemine veendumus, et pakkuja on usaldusväärsuse taastanud, kuna hankija ei tea millest hindamisel lähtuda. Hankemenetluse venimise, vaidlustusmenetluse ning selle kulude vältimiseks võivad hankijad minna lihtsama vastupanu teed ning jätta heastamismeetmeid rakendanud pakkuja hankemenetluses kõrvaldamata pealiskaudse hindamise tulemusel. See aga ei ole kooskõlas direktiivi ja seaduse eesmärgiga. Selle vältimiseks võiks heastamismeetmete hindamise kohustuse panna mõnele pädevamale asutusele või vähemalt võiks siseriiklikult luua ühtsed juhised ja kriteeriumid kuidas hankijad peaksid heastamismeetmeid hindama.

# Exclusion of an economic operator from participation in a procurement procedure if the economic operator has breached a prior public contract: substantive and procedural regulations in the EU and Estonian procurement law

## Abstract

In 2014 the European Parliament and Council adopted new public procurement directives 2014/23/EU (concession directive), 2014/24/EU (classical directive) and 2014/25/EU (utilities directive). The new public procurement directives contain provisions that allow contracting authority to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator who has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity or a prior concession contract which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions.

Estonia has implemented the new provisions as a discretionary exclusion ground. Estonian Ministry of Finance has explained that in the case of discretionary exclusion grounds the contracting authority must assess if, for an example, tenderer has been in a fundamental or constant breach of a prior public contract or public contracts in such a manner that the breach has resulted in withdrawal from or termination of the contract, a reduction of the price, compensation for damage or payment of a contractual penalty, but the contracting authority must also apply discretion when deciding whether to exclude the tenderer from procurement procedure or not.

Before the new provisions in the new public procurement directives it was possible to exclude an economic operator for poor past performance from a procurement procedure as European Court of Justice (ECJ) interpreted in *Forposta* the concept of grave professional misconduct to include cases where economic operator has failed to abide by its contractual obligations.

The purpose of this thesis was to answer what is the substance and elements of the new exclusion ground and how to implement it. For this, the thesis posed six research questions:



1. is it necessary that the fundamental or constant breach of a prior public contract has taken place with the same contracting authority?
2. who can be excluded from the procurement procedure - is it possible to exclude a tenderer if the misconduct has been committed by a tenderer's subcontractor, legal predecessor, subsidiary or parent company?
3. what is a "fundamental or constant breach" and when can it be applied?
4. who has the burden of proof to substantiate the misconduct?
5. how to substantiate the decision to exclude the tenderer from the procurement procedure?
6. how to prevent exclusion by using self-cleaning if the tenderer has breached a prior public contract?

Author concluded that it is not necessary that the fundamental or constant breach of a prior public contract has taken place with the same contracting authority. Even though the proposal for the classic directive prescribed otherwise, the proposals by the European Parliament and the Council of the European Union prevailed and the scope of application was broadened. The conclusion is also proportionate in view of the rules of self-cleaning that allow economic operators to compensate poor past performance by showing that they have implemented changes to avoid reoccurrence.

It is not possible to exclude tenderer from a procurement procedure if the misconduct has been committed by a tenderer subsidiary or parent company as it would be in breach with the core principles of the European Union public procurement law. In certain cases it is possible to exclude a tenderer if its legal predecessor has committed the misconduct. In the case of subcontractors and reliance on resources of other economic operator the contracting authority may demand the the tenderer replace the offending party.

Public procurement contracts are not only subject to the national private law, but also to the general principles of the public procurement, even if not implemented in the national law. Therefore it is not possible to rely on Estonian Law of Obligations Act and General Part of the Civil Code Act to interpret what is seen as a fundamental or constant breach of a prior public contract.

There are three substantive prerequisites in order to exclude a tenderer from a procurement procedure:

1. tenderer has been in a fundamental or constant breach of a prior public contract or contracts;
2. the breach has resulted in withdrawal from or termination of the contract, a reduction of the price, compensation for damage or payment of a contractual penalty;
3. the procurement procedure has commenced within three years after the commitment of the act or occurrence.

Contracting authorities should pay particular attention to the principle of proportionality. Minor irregularities should only in exceptional circumstances lead to the exclusion of an economic operator. However repeated cases of minor irregularities can give rise to doubts about the reliability of an economic operator which might justify its exclusion.

The economic operator major deficiencies with regard to substantive requirements may be, for an example, as follows:

1. failure to deliver or perform;
2. significant shortcomings of the product or service delivered, making it unusable for the intended purpose;
3. misbehaviour that casts serious doubts as to the reliability of the economic operator.

It is mostly in the hands of the contracting authority to decide what is a fundamental or constant breach of a prior public contract. It's important to note that legal remedies must be taken before excluding tenderer from a procurement procedure, i.e. tenderer has not contested the claim and paid the contractual penalty, compensated the damages or accepted the termination of a public contract or the tenderer has contested the claim and there is a final court judgement regarding legal remedies.

The breach of the prior public contract must have been taken place within three years after after the commencement of the procurement procedure. Classical directive refers to it as "three years from the date of the relevant event". Sue Arrowsmith is in the opinion that it appears to refer to the date at which the conduct occurred. It might be alternatively argued that it refers to the date at which the existence of the event was sufficiently established, e.g. the date of the judgement. Germany has requested a preliminary ruling from the European Court of Justice in this regard.

Contracting authority has the burden of proof to substantiate the misconduct carried out by the tenderer. Estonian Public Procurement Act specifies that the contracting authority may apply grounds of exclusion if the contracting authority is able to prove in any manner that grounds for exclusion of the tenderer exist. Proving the breach of a prior public contract is considerably easier for contracting authorities who have themselves taken legal remedies against the potentially problematic tenderer during the course of a previous public contract. Proving the breach is much harder when the contracting authority has not personally taken legal remedies against the problematic tenderer. Firstly, the question arises if the potentially problematic tenderer has breached a prior public contract with another contracting authority and if so, how to prove that.

Contracting authorities have an obligation after the termination of the public contract to submit to the Estonian procurement register information if tenderer breached the public contract in a way that resulted in a legal remedy applied by the contracting authority and information on whether the contracting authority's claim has been contested. The problem is that this information is kind of hidden in the register, the search function of the register is limited and time-consuming. It appears that some contracting authorities are not aware that it is possible to search this info from the register at all. If the contracting authority is able to find information that the potentially problematic tenderer has breached a prior public contract, then it's necessary to ask due information and documentation from the contracting authority in question.

If the tenderer is in a situation covered by a discretionary ground of exclusion the contracting authority has a right, but not an obligation to exclude the tenderer from a procurement procedure. If the contracting authority wishes to exclude the tenderer from the procurement procedures it must make a reasoned written decision, which cannot be based on presumptions. Contracting authority must always keep in mind the principles of equal treatment, transparency and proportionality when making the decision to exclude a tenderer from a procurement procedure.

Tenderer has the right to demand from a contracting authority that the information in the Estonian procurement register regarding the breach of a prior public contract be corrected if tenderer is in the opinion that the information presented in the register is flawed or incorrect. Such an action must be filed in a civil court.

Tenderer has a possibility to evade from exclusion from the procurement procedure if it has breached a prior public contract when using self-cleaning. According to the new concept of self-cleaning tenderer has a right to submit along with a tender evidence to the effect that it has taken measures to restore its reliability. Where such measures offer sufficient guarantees, the economic operator in question should no longer be excluded on those grounds alone. Tenderer must first present the evidence in the Single Procurement Document, where it must note that it is in the situation of ground of exclusion but it will promptly submit evidence that it has taken self-cleaning measures. Contracting authority must assess the evidence and if the contracting authority considers the evidence sufficient in proving the reliability of the tenderer, will not exclude the tenderer from the procurement procedure by a reasoned written decision. Contracting authority must always keep in mind the principles of equal treatment, transparency and proportionality when making the decision after evaluating the self-cleaning measures.

Estonia has decided that the contracting authority must evaluate the evidence presented by the tenderer. The author is in the opinion that is not a very successful solution. Contracting authorities' competence and prior experience in successfully assessing the self-cleaning measures taken by the tenderer are at its best unbalanced, but more probably truly lacking. The obligation put on the contracting authorities may incur the breach of the principle of equal treatment. Therefore, the author believes that the assessment of self-cleaning measures should be made on a central or decentralised level or at least there should be guidelines created by the national authority on how to assess the measures taken by the tenderer.

## Kasutatud allikate loetelu

### Kasutatud kirjandus

1. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third Edition. Sweet & Maxwell 2014
2. Arrowsmith, S. Priess, H-J., Friton, P. Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? Public Procurement Law Review 2009, lk 257-282
3. Datel AS. Täieliku e-hangete võimekuse loomine. Eelanalüüs. 2016 - arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete\\_poliitika/registe\\_r/rhr\\_eelanaluu\\_1.0.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/registe_r/rhr_eelanaluu_1.0.pdf) (20.04.2018)
4. Euroopa Komisjon. ROHELINE RAAMAT ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta - Euroopa hanketuru tõhustamine, 27.02.2011, COM (2011) 15 - arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/ET/1-2011-15-ET-F1-1.Pdf> (20.04.2018)
5. Euroopa Komisjon. Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies - arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/public\\_procurement/synthesis\\_document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf) (20.04.2018)
6. Euroopa Komisjon. Ettepanek EUROOPA PARLAMENDI JA NÕUKOGU DIREKTIIV riigihangete kohta /\* KOM/2011/0896 lõplik - 2011/0438 (COD) , 20.12.2011 - arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=COM:2011:0896:FIN> (20.04.2018)
7. Euroopa Komisjoni siseturu ja -teenuste direktoraat (DG Internal Market), Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 3: Reducing documentation requirements, 27.01.2012 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5736-2012-INIT/en/pdf> (20.04.2018)
8. Euroopa Liidu Nõukogu. Debriefing following technical meetings and an informal trilogue covering clusters 5 and 2, 8024/13, 27.03.2013 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8024-2013-INIT/en/pdf> (20.04.2018)

9. Euroopa Liidu Nõukogu. Examination of compromise proposals - part 1, 8365/13, 11.04.2013 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8365-2013-INIT/en/pdf> (20.04.2018)
10. Euroopa Liidu Nõukogu. Approval of the final compromise text, 11745/13, 12.07.2013 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11745-2013-INIT/en/pdf> (20.04.2018)
11. Euroopa Liidu Nõukogu. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Outcome of the European Parliament's first reading (Strasbourg, 13 to 16 January 2014), 22.01.2014 - arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5218-2014-INIT/en/pdf> (20.04.2018)
12. Euroopa Liidu Nõukogu. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version. 24.07.2012 - arvutivõrgus: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012878%202012%20INIT> (20.04.2018)
13. Euroopa Parlament, Amendments 1062-1352, 12.07.2012 - arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/amendments/2012/492860/IMCO\\_AM\(2012\)492860\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/amendments/2012/492860/IMCO_AM(2012)492860_EN.pdf) (20.04.2018)
14. Euroopa Parlament. Ettepanek võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), 11.01.2013 - arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+XML+V0//ET> (20.04.2018)
15. van Garsse, S., de Mars, S. Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive. - Marique, Y. jt. EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets? Brussels. Larcier, 2016 lk 121-138
16. Hjelmeng, E. Søreide, T. Debarment in Public Procurement: Rationales and Realization. - Racca, G. M., Yukins, C. Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Bruylant. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-32
17. Härginen, K., Simovart, M.A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? - Juridica 2013/9, lk 627-634
18. Kargu, V. Pakkuja või taotleja kõrvaldamine hankemenetlustest. Magistritöö. Tartu Ülikool 2015
19. Kenstavicius, D. Blacklisting due to poor past performance in Lithuanian Public Procurement. - Social Transformations in Contemporary Society 2016 (4), lk 32-46

20. Kõve, V. jt. (toim.) Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2017
21. Lõhmus, U. Kuidas liikmesriigi kohtusüsteem tagab Euroopa Liidu õiguse tõhusa toime? *Juridica* 2007/3, lk 143-154
22. Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura 2017
23. Majtan, R. The self-cleaning dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes. - *George Washington International Law Review*. 2013, Vol. 46 Issue 2, lk 291-347
24. de Mars. S. Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade?. *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*. - Edward Edgar Publishing Limited 2016, lk 253-273
25. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014
26. Oliveira, M. N. The Exclusion of an Economic Operator Based on Significant or Persistent Deficiencies in the Performance of a Prior Public Contract. - *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2016, Issue 4, lk 340-345
27. Piga, G., Tatrai, T. *law and Economics of Public Procurement Reforms*. Routledge, 2018
28. Priess, H-J. The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. - *Public Procurement Law Review* 2014, lk 112-123
29. Rahandusministeerium. 2017. aasta riigihangete kokkuvõte. 2017 lk 4 - arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/system/files\\_force/document\\_files/2017\\_uldine\\_statistika.pdf?download=1](https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/2017_uldine_statistika.pdf?download=1) (20.04.2018)
30. Rahandusministeerium. Korduma kippuvad küsimused 01.09.2017 jõustunud RHS kohta. 15.10.2017, täiendatud 13.04.2018, lk 16. arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq\\_files/kkk\\_13.04.2018.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_13.04.2018.pdf) (20.04.2018)
31. Rahandusministeerium. Projekti „Täieliku e-riigihangete võimekuse loomine“ teekaart, 2017 - arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete\\_poliitika/register/rhr\\_teekaart\\_taiend\\_10.17.pdf](https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/register/rhr_teekaart_taiend_10.17.pdf) (20.04.2018)
32. Rahandusministeerium, Riigihangete registri muudatused, versioon 3.0 24.08.2017 lk 2, 4 - arvutivõrgus: [https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files\\_force/document\\_files/erhri\\_versioon\\_3.0\\_tootes\\_1.09.2017.pdf?download=1](https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/erhri_versioon_3.0_tootes_1.09.2017.pdf?download=1) (20.04.2018)

33. Sanchez-Graells, A. Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24 - Lichere, F. Caranta, R. and Treumer. S. (koost.) Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement, vol. 6 European Procurement Law Series, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014
34. Schoenmaekers, S. The EU debarment rules: legal and economic rationale. - Public Procurement Law Review 2016, 3, lk 91-104
35. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihangetes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoriväitekirj. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010
36. Rudi, H. Vallaametnikud panid skeemitava ehitusfirma paika. Postimees 17.12.2017 - arvutivõrgus: <https://majandus24.postimees.ee/4341737/vallaametnikud-panid-skeemitava-ehitusfirma-paika> (20.04.2018)
37. Teder, K. Hankemenetlusest kõrvaldamise alused Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses: maksude ja maksete tasumise kohustus vabatahtliku kõrvaldamise alusena. Magistritöö. Tartu Ülikool 2012
38. Transparency International. Blacklisting in Public Procurement, 2013 - arvutivõrgus: [https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Blacklisting\\_in\\_public\\_procurement.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Blacklisting_in_public_procurement.pdf) (20.04.2018)
39. Täär, K. Hankija pädevus heastamise meetmete kontrollimiseks. Magistritöö. Tartu Ülikool 2017
40. Varul, P. jt (toim). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016
41. Varul, P. jt. (toim). Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009
42. Williams, S. The mandatory exclusions for corruption in the new EC Procurement Directives. European Law Review 2006/31, lk 711

## Kasutatud normatiivmaterjal

1. Agreement on Government Procurement, WTO 1994. – Arvutivõrgus: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gpr-94\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf) (20.04.2018)
2. Crown Commercial Service, Procurement Policy Note 04/15: Taking Account of Suppliers' Part Performance, 25.03.2015 - arvutivõrgus: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/417211/PPN04-15\\_Supplier\\_Past\\_Performance\\_.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417211/PPN04-15_Supplier_Past_Performance_.pdf) (20.04.2018)
3. Eesti Vabariigi põhiseadus RT I, 15.05.2015, 2



4. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELTL 134, 30.04.2004, lk 114–240,
5. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELTL 94, 28.03.2014, lk 1–64, (edaspidi nimetatud: kontsessiooni direktiiv)Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigi hankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELTL 94, 28.03.2014, lk 243–374
6. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELTL 94, 28.03.2014, lk 64–242
7. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigi hankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELTL 94, 28.03.2014, lk 243–374
8. Halduskohtumenetluse seadustik RT I, 28.11.2017, 3
9. Haldusmenetluse seadus, RT I, 28.12.2017, 21
10. Konkurentsiseadus, RT I, 20.12.2017, 7
11. Leedu riigihangete seadus. 25.05.2017 XIII-327 - arvutivõrgus: <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/207ad17030a011e78397ae072f58c508> (20.04.2018)
12. Riigihangete seadus, RT I, 25.10.2016, 20
13. Riigihangete seadus, RT I, 01.07.2017, 1
14. Riigihangete seaduse eelnõu. 450 SE. 04.05.2017
15. Riigivastutuse seadus, RT I, 17.12.2015, 76
16. Tsiviilkohtumenetluse seadustik, RT I, 04.07.2017, 31
17. Tsiviilseadustiku üldosa seadus RT I, 20.04.2017, 21
18. United States Federal Acquisition Regulation (FAR), 24.01.2018 - arvutivõrgus: <https://www.acquisition.gov/browsefar> (20.04.2018)
19. Võlaõigusseadus, RT I, 31.12.2017, 8
20. World Bank Sanctions Procedures. 01.01.2011 - arvutivõrgus: [http://siteresources.worldbank.org/EXTOFFEVASUS/Resources/WB\\_Sanctions\\_Procedures\\_Jan\\_2011\(with\\_July\\_2011\\_Amendments\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTOFFEVASUS/Resources/WB_Sanctions_Procedures_Jan_2011(with_July_2011_Amendments).pdf) (20.04.2018)

## Kasutatud kohtupraktika

1. Euroopa Kohtu otsus 6/64 *Costa*
2. Euroopa Kohtu otsus C-166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf*
3. Euroopa Kohtu otsus C-106/89 *Marleasing*
4. Euroopa Kohtu otsus C-243/89 *komisjon vs Taani (Storabael)*
5. Euroopa Kohtu otsus C-292/92 *Hünernmund*
6. Euroopa Kohtu otsus C-87/94 *komisjon vs Belgia (Walloon Buses)*
7. Euroopa Kohtu otsus C-324/98 *Telaustria*
8. Euroopa Kohtu otsus C-107/98 *Teckal*
9. Euroopa Kohtu otsus C-285/99 *Lombardini ja Mantovani*
10. Euroopa Kohtu otsus C-496/99 *Succhi di Frutta*
11. Euroopa Kohtu otsus C-19/00 *SIAC Construction*
12. Euroopa Kohtu otsus C-304/01 *Hispaania vs komisjon*
13. Euroopa Kohtu otsus C-151/02 *Jaeger*
14. Euroopa Kohtu otsus C-458/03 *Parking Brixen*
15. Euroopa Kohtu otsus C-210/03 *Swedish Match*
16. Euroopa Kohtu otsus C-21/03 *Fabricom*
17. Euroopa Kohtu otsus C-454/06 *Pressetext*
18. Euroopa Kohtu otsus C-376/08 *Serratoni*
19. Euroopa Kohtu otsus C-72/10 *Costa*
20. Euroopa Kohtu otsus C-465/11 *Forposta*
21. Euroopa Kohtu otsus C-94/12 *Swm Contruzioni*
22. Euroopa Kohtu otsus C-42/13 *Cartiera*
23. Euroopa Kohtu otsus C-234/14 *Ostas celtnieks*
24. Euroopa Kohtu otsus C-324/14 *Partner Apelski*
25. Euroopa Kohtu otsus C-171/15 *Connexxion Taxi*
26. Euroopa Kohtu otsus C-223/16 *Casertana*
27. Euroopa Kohtu otsus C-697/17 *Telecom Italia*
28. Euroopa Kohus C-71/92 *komisjon vs Hispaania*, kohtujurist Gulmann ettepanek
29. Euroopa Kohus C-226/04 *La Cascina*, kohtujuristi M. Poiares Maduro ettepanek
30. Euroopa Kohus C-74/09 *Bâtiments* kohtujurist J.Kokotti ettepanek
31. Euroopa Kohus C-124/17 *Vossloh Laeis* Saksamaa eelotsusetaotlus 10.03.2017
32. Esimese Astme Kohtu otsus 25.02.2003 T-183/100, *Strabag Benelux vs komisjon*
33. Esimese Astme Kohtu otsus 21.05.2008 T-495/04, *Belfass vs komisjon*

34. Esimese Astme Kohtu otsus 10.09.2008, T-59/05, *Evropaiki Dinamiki vs komisjon*
35. RKEKo otsus 3-3-1-15-01
36. RKHKm 3-3-1-30-12
37. RKHKo 3-3-1-54-03
38. RKHKo 3-3-1-99-09
39. RKHKo 3-3-1-24-13
40. RKPJKo 3-4-1-16-08
41. RKPJKo 3-4-1-13-09
42. RKPJKo 3-4-1-27-13
43. RKTKm 3-2-1-63-07
44. RKTKo 3-2-1-95-05
45. RKTKo 3-2-1-145-07
46. RKTKo 3-3-1-45-12
47. TlnHKo 3-15-127
48. TlnRnKHKo 3-12-2670
49. VAKO otsus 264-12/137934
50. VAKO otsus 3-16/168678
51. VAKO otsus 100-17/185861
52. VAKO otsus 28-17/182263
53. VAKO otsus 35-18/192881

## Muud allikad

1. Euroopa Komisjon. Glossary. - arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/glossary\\_en.htm](http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/glossary_en.htm) (20.04.2018)
2. Justiitsministeerium. E-äriregistri ettevõtjaportaal on maailma kõige kiirem. 12.11.2009. - arvutivõrgus: <https://www.just.ee/et/uudised/e-ariregistri-ettevotjaportaal-maailma-koige-kiirem> (20.04.2018)
3. RecordSetter veebileht - arvutivõrgus: <https://recordsetter.com/world-record/register-private-limited-company-via-the-internet/2324?autoplay=false> (20.04.2018)

## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina, Kaisa Jakob,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Hankemenetlusest kõrvaldamine pakkuja poolt varasema hankelepingu rikkumise tõttu: materiaali- ja menetlusõiguslik regulatsioon Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses

mille juhendaja on dr. iur. Mari Ann Simovart

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **23.04.2018**